
This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>





A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

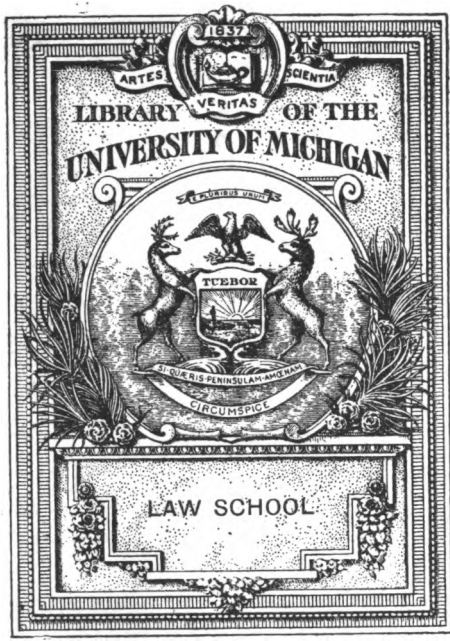
- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>

Handwritten scribbles

K21 .C725x



le

FLR
R46
c934

Stor
a3837

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE.

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET C^o, RUE RACINE, 26.

REVUE CRITIQUE
DE
LÉGISLATION
ET DE
JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOŁOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale
de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION ;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté
de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat
à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
anc. bâtonn. de l'Ordre des avoc. à la Cour imp.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ancien Garde des sceaux,
Premier vice-président du Sénat.

DE ROYER
Vice-président du Sénat,
Premier président de la Cour des comptes.

ROULAND
Président du Conseil d'État.

DEMOLOMME
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GERAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté
de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée
à la Faculté de droit de Paris.

FL. MINIERRE
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation
et du Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collège
de France,
Docteur en droit.

KENIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. RUFOUR
Président de l'Ordre des avocats
au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

49434

TOME XXIII. — 13^{me} ANNÉE.

PARIS,
COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
6, rue Saint-Hyacinthe (au coin de la rue Soufflot).

1863

REVUE CRITIQUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière de presse.

Par M. Gustave ROUSSET, ancien magistrat.

I. De la prescription des crimes et des délits de presse.

- I. — Position de la question. — État de la législation et de la jurisprudence.
— Conséquence de la doctrine de la Cour de cassation ; — anomalie.

L'action publique contre les crimes et délits, commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication, est-elle prescriptible par *six mois*, conformément à l'article 29 de la loi du 26 mai 1819, ou par *dix* ou *trois ans*, suivant les règles établies par les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle ?

La question est importante et vaut qu'on l'examine.

Le décret du 17 février 1852 ne contient aucune disposition concernant *la prescription*, le mot n'y est pas même prononcé ; c'est pourtant à raison de l'application de son article 27 que la question a été soulevée et que la Cour de cassation l'a tranchée plutôt que résolue par un arrêt d'espèce que nous ne croyons pas appelé à l'honneur de faire jurisprudence ; — elle y déclare en effet, sans dire *en quoi, pourquoi, ni comment*, que cet article 27 abroge l'article 29 de la loi de 1819 et soumet les délits de presse aux règles établies pour la prescription par l'article 638 du Code d'instruction criminelle.

Voici au surplus le texte même de ses considérants ; il est bon de les connaître :

« Sur le moyen tiré de la violation de l'article 29 de la loi du 26 mai 1819, en ce que la demanderesse a été condamnée pour des faits de publication commis depuis moins de trois ans, quoique ces faits fussent prescrits par le laps de six mois :

« Attendu qu'en décidant, par son article 27, que les délits *« commis par voie de publication seraient poursuivis et jugés dans les formes et dans les délais prescrits par le Code d'instruction criminelle*, le décret du 17 février 1852 a abrogé l'article 29 de la loi de 1819 et a soumis les délits dont il s'agit aux règles établies pour la prescription par l'article 638 du Code d'instruction criminelle ;

« Attendu qu'il n'est aucunement établi que les faits de diffamation qui ont motivé la condamnation prononcée contre la demanderesse fussent couverts par la prescription de six mois, admise avant le décret de 1852 ;

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que plusieurs de ces faits ont eu lieu en 1852, ce qui d'ailleurs est établi par la dernière plainte du 12 juin 1852 ;

« Attendu, quant aux faits antérieurs à ce décret, qu'il est également constaté que ces faits de publication avaient eu lieu en 1851, et que les plaintes qui ont saisi la justice remontent aux 11 mars, 8 juin et 24 septembre 1851, d'où il suit que les faits de cette époque n'étaient pas couverts par la prescription invoquée... »

Rejet. Pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 14 décembre 1853. — Cass. du 2 février 1854. B. crim., n° 49¹.

Les esprits qui ne se rendent qu'à l'évidence se contenteront difficilement d'une décision qui tranche ainsi, avec plus d'intentions que de motifs, une question aussi grave. — Heureusement que les arrêts, pas plus que les moines d'autrefois, ne sont des raisons sans réplique et qu'on peut les discuter.

¹ Il s'agissait dans l'espèce d'un délit de diffamation contre un particulier. En admettant l'interprétation de la Cour suprême en ce qui concerne la partie générale de l'article 27, la Cour aurait dû tout au moins décider que cet article n'était pas applicable attendu qu'il ne concerne que les délits énumérés dans l'article 25, lequel ne comprend pas la diffamation, ainsi que nous le verrons plus loin.

C'est ce que nous allons nous permettre, la loi en main, avec toute la liberté que réclame la recherche de la vérité et tout le respect que commande l'autorité de la Cour suprême. — Voici à cet effet, rapprochés les uns des autres, les textes qu'il s'agit de confronter, d'interpeller et de comprendre :

ART. 637 CODE D'INSTR. CRIM. — L'action publique et l'action civile résultant d'un crime se prescriront par dix années révolues, à compter du jour où le crime aura été commis... ou du dernier acte... d'instruction ou de poursuite non suivi de jugement.

ART. 638. Dans les cas de l'article précédent, et suivant les distinctions d'époques qui y sont établies, la durée de la prescription sera de trois années révolues s'il s'agit d'un délit de nature à être puni correctionnellement.

Règles de droit commun, auxquelles vint déroger, en faveur des crimes et délits de presse, l'article 29 de la loi du 26 mai 1819.

LOI DU 26 MAI 1819. — ART. 29. L'action publique contre les crimes et délits (notez crimes) commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication se prescrira par six mois révolus, à compter du fait de publication qui donnera lieu à la poursuite.

Pour faire courir cette prescription de six mois, la publication d'un écrit devra être précédée du dépôt et de la déclaration que l'éditeur entend le publier.

S'il a été fait, dans cet intervalle, un acte de poursuite ou d'instruction, l'action publique ne se prescrira qu'après un an, à compter du dernier acte, à l'égard même des personnes qui ne seraient pas impliquées dans ces actes d'instruction ou de poursuite.

Néanmoins, dans les cas d'offense envers les chambres, le délai ne courra pas dans l'intervalle de leurs sessions.

L'action civile ne se prescrira, dans tous les cas, que par la révolution de trois années, à compter du fait de la publication.

Cette disposition, que justifiait et que justifie encore la

gravité un peu *éphémère* des délits de la presse ¹, était la règle sans abus et sans réclamation de l'exercice de l'action publique, lorsque parut le décret du 17 février 1852. — La poursuite, jusqu'alors régie par des formes exceptionnelles, fut replacée sous l'empire du droit commun. — Ce décret ne statue rien au sujet de la prescription; soit que l'on ait considéré ce bénéfice de la loi, cette *exception* contre l'action, comme une annexe de la poursuite, soit pour tout autre motif, on a pensé qu'elle en devait suivre le sort et l'on a décidé que la volonté d'abroger l'article 29 de la loi de 1819 se découvrait suffisamment dans les articles 36 et 27 du décret-loi du 17 février 1852.

Lisons donc attentivement ces deux articles :

DÉCRET-LOI DU 17 FÉVRIER 1852. — ART. 36. Sont abrogées les dispositions des lois antérieures *contraires* à la présente loi...

ART. 27. Les *poursuites* auront lieu dans les *formes et délais prescrits* par le Code d'instruction criminelle.

Pour bien apprécier la force abrogative de cet article, il est indispensable de reconnaître ses tenants et ses aboutissants, les délits auxquels il se rapporte, d'en vérifier en un mot toute la portée.

Quels sont les faits dont la *poursuite* se trouve ainsi soumise *aux formes et délais du Code d'instruction criminelle*? — Ne séparons pas l'article 27 du milieu qui l'explique et où le législateur l'a placé; — l'article 25, auquel évidemment, il se réfère ², les énumère comme il suit :

¹ Le caractère fugitif de la criminalité en matière de presse commande une prompté répression. — Cette rapidité dans les poursuites est la pensée de l'article 29 de la loi de 1819; il ne prescrit pas autre chose que ceci aux officiers du ministère public : les crimes et délits de presse devront être poursuivis dans les six mois; après six mois, le délit est oublié; il serait plus dangereux qu'utile d'en réveiller le souvenir.

² Il me semble inutile d'établir que cet article 27 se réfère à l'article 25; il suffit d'une lecture attentive pour s'en convaincre. — Après l'article 25 qui concerne la compétence se trouve l'article 26 qui concerne l'appel; le mot *les poursuites*, qui commence l'article suivant, se rapporte aux poursuites en première instance et en appel; il est général dans le cercle des délits dont la loi règle la poursuite devant les deux juridictions, c'est-à-dire des délits commis par la voie de la presse, ainsi que l'exprime l'article 26, et dont on trouve l'énumération dans l'article 25. — L'article 25 est le pre-

ART. 25. Seront poursuivis devant les tribunaux correctionnels :

1° *Les délits* commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication mentionné dans l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819, et (notez ici la restriction) qui avaient été *attribués PAR LES LOIS ANTÉRIEURES à la compétence des Cours d'assises* ;

2° *Les contraventions* sur la presse, prévues par les lois antérieures ;

3° *Les délits et les contraventions* édictés par la présente loi.

Délits et contraventions, ce rapprochement exclut *les crimes* ; *Délits attribués à la compétence des Cours d'assises par les lois antérieures*, cette restriction exclut formellement *les délits que ces lois antérieures avaient attribuées aux tribunaux correctionnels*.

Il résulte ainsi de la confrontation de cet article 25 avec la législation antérieure deux points dont on ne peut refuser de me donner acte, savoir :

I. Que l'article 27 du décret du 17 février a placé seulement sous l'empire des règles du Code d'instruction criminelle la poursuite *des délits et contraventions* qu'énumère l'article 25 ;

II. Qu'il a en conséquence laissé sous l'empire des règles anciennes :

a) *Les crimes* commis par la voie de la presse, puisque l'article 25 ne parle que des *délits* ;

b) *Tous les délits* qui n'avaient pas été attribués à la *compétence des Cours d'assises par les lois antérieures* ; tels sont :

1° *Les délits d'offense envers les chambres*, attribués à la juridiction de la chambre offensée par l'article 15 de la loi du 25 mars 1822 ;

2° *Les délits d'infidélité et de mauvaise foi dans les*

mier de la série qui concerne la juridiction et la poursuite ; il vient après l'article 24 qui clôt la série des incriminations. Cet article 25 domine ainsi et commande les deux articles qui le suivent ; l'unité de pensée et la filiation de l'idée s'y remarquent de l'un à l'autre d'une manière évidente et incontestable.

comptes rendus des séances des chambres, et des audiences des Cours et tribunaux, attribués à la juridiction des chambres, Cours et tribunaux qui auront tenu ces audiences par l'article 16 de la même loi;

3° *Les délits de comptes rendus offensants pour les chambres ou l'un de leurs membres, ou injurieux pour la Cour, le tribunal ou l'un des magistrats, des jurés ou des témoins*, attribués à la juridiction de la chambre, de la Cour ou du tribunal dont il s'agit par l'article 16 de la même loi;

4° *Les délits de diffamation verbale et d'injure verbale contre toute personne*;

5° *Et ceux de diffamation ou d'injure par voie de publication contre des particuliers*, attribués aux tribunaux correctionnels par l'article 14 de la loi du 26 mai 1819.

LOI DU 26 MAI 1819. — ART. 14. *Les délits de diffamation verbale ou d'injure verbale contre toute personne, — et ceux de diffamation ou d'injure par une voie de publication quelconque contre des particuliers*, seront jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sauf les cas attribués aux tribunaux de simple police.

LOI DU 25 MARS 1822. — ART. 15. Dans les cas d'offense envers les chambres..., la chambre offensée, sur la simple réclamation d'un de ses membres, pourra, si mieux elle n'aime autoriser les poursuites par la voie ordinaire, ordonner que le prévenu sera traduit à sa barre.

Après qu'il aura été entendu ou dûment appelé, elle le condamnera, s'il y a lieu, aux peines portées par les lois; la décision sera exécutée sur l'ordre du président de la chambre.

ART. 16. *Les chambres* appliqueront elles-mêmes, conformément à l'article précédent, les dispositions de l'article 7 relatives aux comptes rendus par les journaux de leurs séances (comptes rendus de mauvaise foi, ou infidèles, ou offensants, ou injurieux).

Les dispositions du même article 7, relatives aux comptes rendus des audiences des Cours et tribunaux, seront appliquées directement par les Cours et tribunaux qui auront tenu ces audiences.

Et il n'y a pas à mettre en doute le maintien de ces dispositions. — La Cour de cassation l'a reconnu (implicitement, il est vrai, pour l'article 14 de la loi de 1819) en déclarant la force toujours exécutoire des articles 15 et 16 de la loi de 1822; — elle a en effet jugé, par un arrêt du 29 juillet 1852, que l'article 25 du décret du 17 février 1852 ne *comprend* pas les infractions de l'article 7 de la loi du 25 mars 1822, et n'avait point, par conséquent, dérogé à la compétence des articles 15 et 16 de cette loi.

Si l'article 27 du décret-loi organique de la presse de 1852 ne règle les formes et délais de la poursuite que des *délits* et *contraventions* énumérés en l'article 25, auquel il se réfère;

Si cet article 25 ne *comprend pas*, comme dit l'arrêt ci-dessus, les crimes commis par la voie de la presse, puisqu'il n'en parle pas, ni les délits des articles 14 L. 1819, 7 et 15 de la loi du 25 mars 1852, ainsi que le déclare la Cour de cassation,

N'est-il pas de toute évidence que leur poursuite reste, comme avant le décret de 1852, régie par la loi de 1819¹; que l'article 29 de cette loi, pour revenir à notre question, ne peut, au pis-aller, être abrogée que pour les infractions dont l'article 27 du décret de 1852 règle à nouveau la poursuite; qu'il reste dès lors maintenu pour les crimes et les délits ci-dessus énumérés?

C'est là une conclusion d'une logique irréfutable.

¹ Pour ne rien dissimuler des conséquences de cette analyse, je dois faire remarquer qu'on pourrait également s'en prévaloir pour soutenir qu'à l'égard des crimes et des délits ci-dessus spécifiés, la loi de 1819 n'est pas tout à fait abrogée, ainsi qu'on a pu le croire.

S'il est vrai, en effet, que l'article 27 du décret organique n'ait soumis aux règles de poursuites du Code d'instruction criminelle que les délits et les contraventions énumérés par l'article 25, il s'ensuit que la poursuite des crimes et des délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, et qui ne sont pas compris dans cette énumération, reste, comme avant, régie par la législation antérieure.

Quant à eux donc, les articles 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 et 19 de la loi du 26 mai 1819, les articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la loi du 8 avril 1831, et les articles 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 et 23 de la loi du 27 juillet 1849 ne seraient point abrogés et continueraient par suite à être applicables dans les cas qu'ils concernent.

La circulaire avait entrevu en partie cette conséquence et fait cette distinction, mais, faute d'avoir nettement saisi toute la portée des dispositions combinées des articles 27 et 25 du décret du 17 février, elle ne l'avait con-

L'action publique se prescrivant par six mois, à l'égard de
TOUS LES CRIMES commis par voie de publication et de certains
DÉLITS de presse,

Et par TROIS ANS,

Pour d'autres DÉLITS moins graves et pour TOUTES LES CONTRA-
VENTIONS de la presse...

Quelle étrange anomalie !

Telle serait pourtant la conséquence de la doctrine consa-
crée par la Cour suprême ; — j'ai tenu à la préciser ainsi dès
le début pour justifier le dilemme suivant qui me servira de
transition pour aborder la discussion principale :

Ou la Cour de cassation *a bien jugé*, et alors l'anomalie est le
fait de la loi ; il n'y a plus qu'à s'incliner, en attendant que le
législateur, qui seul en a le droit, ait sur ce point rétabli
l'unité et corrigé le désaccord de ses dispositions ;

Ou la Cour *a mal jugé* ; — l'anomalie signalée, n'étant plus
alors que le résultat de la fausse interprétation de l'article 27
du décret de 1852, ne sera pas une des moindres considéra-
tions à faire valoir pour la décider à changer sa jurisprudence.

Ce qui nous amène, on le voit, à examiner si cette jurispru-
dence a sainement interprété le texte de la loi et n'en a pas
forcé le sens en excédant sa pensée.

II. — Discussion. — Circulaire du 27 mars 1852. — Sens du mot *délai* dans
l'article 27. — Il n'y a pas incompatibilité entre l'article 27 et l'article 29
de la loi de 1819 ; — c'est le législateur lui-même qui l'a décidé en réu-
nissant ces deux dispositions dans le décret du 28 mars 1852.

C'est à la circulaire du 27 mars 1852, émanée de la chancel-

statée que pour les *crimes* en ce qui concerne deux dispositions seulement
de la loi de 1819. « Les articles 9 et 10 de cette loi, dit-elle, par l'effet du
« changement de juridiction quant aux *délits*, pourraient rester applicables
« aux *crimes*. » — Pourquoi seulement les articles 9 et 10 ? — Il est à
supposer que la circulaire eût été sur ce point moins réservée et plus
générale, si son auteur eût reconnu que la rédaction de l'article 25 combinée
avec la disposition de l'article 27 excluait de l'application de cet article,
non-seulement les *crimes*, mais les *délits* de presse, qui, par la législation
antérieure, étaient jugés par des *tribunaux correctionnels*, suivant les formes
et les délais prescrits par la législation spéciale de la presse.

Cette observation est faite pour qu'on ne nous accuse pas de vouloir
surprendre la confiance de ceux qui, faute de voir toute la conséquence de
notre analyse, seraient tentés d'en admettre les résultats en ce qui concerne
la prescription.

lerie, que revient la première interprétation doctrinale de l'article 27 du décret-loi du 17 février 1852, et voici par quelle argumentation elle y est justifiée.

L'article 36 du décret déclare *maintenues les lois antérieures qui ne lui sont pas contraires*; — *l'inconciliabilité* de leurs dispositions avec les siennes est donc le principe et la mesure de sa force d'abrogation. — Telle est la majeure de son syllogisme. — Pour démontrer en conséquence que l'article 29 de la loi de 1819 était abrogé, il fallait établir qu'il était *juridiquement et réellement inconciliable* avec les prescriptions de la loi nouvelle. — La circulaire le déclare, mais sans démonstration, dans le paragraphe suivant :

« Les dispositions de l'article 29 de la loi de 1819 sont *entièrement contraires* aux articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. — Il y a ici une cause spéciale d'abrogation qui résulte de cette partie de l'article 27 du décret portant que « *la poursuite aura lieu dans les délais prescrits par le Code d'instruction criminelle.* » La prescription de droit commun se trouve ainsi *retablie* et l'article 29 de la loi de 1819 abrogé. »

La circulaire n'a omis qu'une chose, c'est d'établir que les *délais de la poursuite* comprennent les *délais de la prescription*; et cela n'est pas si évident qu'elle semble le supposer, son argument profitant d'une amphibologie les confond et porte à faux.

Que doit-on en effet entendre par ces expressions de *DÉLAIS PRESCRITS par le Code d'instruction criminelle pour la poursuite* sur lesquelles se fonde uniquement la circulaire? — Nous allons entreprendre ici une guerre de mots, mais il faut nous y résoudre; c'est avec des mots que les lois sont faites, et c'est avec des mots mal entendus, mal compris et mal appliqués que l'arbitraire abuse des lois et fausse la justice.

« *La poursuite aura lieu dans les formes et délais prescrits.* » Ne faut-il pas entendre par là *les délais* suivant lesquels doit procéder le magistrat dans sa *poursuite*, lorsque l'action publique est exercée (délais des citations, des significations, de la mise en état de la procédure et de l'appel), plutôt que le *délai* dans lequel *l'action publique doit être ouverte* et la *poursuite* engagée?

Le premier sens me paraît seul conforme à la réalité des choses.

Pour intenter légalement une *poursuite*, que faut-il? Une *action*, et une *action valide*, c'est-à-dire qui puisse être exercée; la loi a fait l'action publique *temporaire*, elle a sévèrement déterminé *la durée de son existence* et décidé qu'elle serait éteinte si elle n'était pas exercée dans tel *délat* : c'est ce qu'on nomme *prescription*; — une fois éteinte par la prescription, il n'y a plus d'*action* et partant plus de *poursuite possible*. Cette subordination de la poursuite à l'exercice dans les délais de l'action publique peut, il est vrai, prêter à la confusion, et la transition est délicate, mais on peut cependant distinguer entre les *délais de l'une* et les *délais de l'autre* dans cette idée extrême, c'est que le *dernier jour de l'action publique* peut être *le premier jour de la poursuite*.

En employant ces expressions, *les poursuites auront lieu...*, l'article 27 n'a pas voulu dire autre chose que : la *procédure légalement commencée aura lieu*; car avant d'être *en poursuite* et d'avoir à suivre les *délais de la poursuite*, l'action publique doit être et être exercée *légalement*; la loi qui règle les conditions de cette existence et de sa mise *en mouvement* ne peut donc entrer en opposition avec la loi qui règle *les mouvements* et *les formes de procéder* de l'action lancée dans la *poursuite*, loi dont le but semble être uniquement d'abroger les formes et *les délais de la procédure* établie en matière de délits de presse par les lois des 26 mai 1819, avril 1831, et 27 juillet 1849¹.

Cette opinion peut se fortifier encore par une considération

¹ Un arrêt de la Cour de Paris du 8 avril 1853 (affaire Malgaigne, D. P., 54, 5, 586) confirme, sous un certain rapport, cette manière de voir, bien que par une contradiction inexplicable il se prononce implicitement dans le sens de la Cour de cassation au sujet de la question de prescription.

Il s'agissait d'un délit de diffamation commis avant la promulgation du décret du 17 février 1852; — la Cour a jugé qu'il y avait pour le prévenu droit acquis au bénéfice de la prescription de la loi de 1819, qui était en vigueur au moment où le délit a été commis, et qu'il ne pouvait être soumis à la prescription de trois ans, ultérieurement établie par le décret du 17 février 1852, par ce motif que *les lois qui régissent la prescription en matière criminelle touchant au fond du droit, ne sont pas simplement des lois de simple PROCÉDURE ET D'INSTRUCTION, c'est-à-dire des lois concernant la poursuite*, et restent en conséquence applicables aux infractions commises sous leur empire, à l'exclusion des lois postérieures moins favorables.

tirée de la place qu'occupent les mots dans le texte. — Tout est loi dans la loi, et nous ne voulons rien négliger pour en préciser la véritable portée.

Formes et délai, porte l'article 27. — Comme la première chose à examiner, avant de commencer des poursuites, est de voir si le délit n'est point protégé par la prescription, la pensée des *délais de la prescription* précède naturellement, dans l'ordre des idées, celle des *formes de la poursuite*; le législateur aurait en conséquence placé le mot *délai* avant celui de *forme*, s'il avait voulu, ainsi qu'on le suppose, donner à la première de ces expressions la portée qu'il lui faudrait pour comprendre la prescription.

Mais il est un texte que l'on pourrait tourner contre nous, et qui, au fond, nous reste favorable, c'est celui du décret du 31 décembre 1851; — mieux vaut lire qu'analyser, et je le cite :

DECRET DU 31 DÉCEMBRE 1851. — ART. 1^{er}. La connaissance de tous les délits prévus par les lois sur la presse et commis *au moyen de la parole* est déferée aux tribunaux correctionnels.

ART. 2. *Les poursuites* seront dirigées selon les *formes et règles* prescrites par le Code d'instruction criminelle pour la juridiction correctionnelle.

De quelle valeur peut être ce décret précurseur des articles 25 et 27 du décret du 17 février 1852? — Le voici :

Règle est plus général que *délai*; si vous repoussez, me dirait-on, la prescription du mot *délai*, convenez du moins que celui de *règle* peut le comprendre. — Ce décret a dès lors fait sortir pour le tout les délits qu'il énumère de l'enceinte de la loi du 26 mai 1819; il indique ainsi par avance la pensée des articles 25 et 27, qui n'ont fait, en les étendant, que reproduire ses dispositions et compléter *la correctionnalisation* des délits de presse.

Même en admettant la généralité exagérée de ce décret du 31 décembre, l'argument ne serait pas sans réplique, et j'y répons.

De deux choses l'une : ou le décret est encore en vigueur, ou il a été, ce qui est plus sûr, absorbé et remplacé par celui du 17 février.

Dans le premier cas, le texte du décret du 31 décembre ne

concernant uniquement que les *délits de la parole*, nous donne quatre catégories de délit au lieu de trois, pour chacune desquelles il faudra des règles différentes, ce qui est plutôt un embarras qu'un argument;

Dans le deuxième cas, la substitution du terme *délai* à celui de *règle* dans le dernier décret, indique bien plutôt l'intention de restreindre la portée de la disposition nouvelle aux *délais de la procédure* que de toucher *aux règles de la prescription*, — et l'objection ainsi nous profite.

Mais il y a plus : — l'argument tiré du mot *délai* et de l'incompatibilité de l'art. 27 du décret du 17 février avec l'art. 29 de la loi de 1819, qui pouvait paraître décisif le 27 mars 1852, perdait toute son autorité le lendemain; — le décret du 28 mars sur la presse en Algérie contredisait formellement sur ce point l'interprétation du ministre de la justice.

Rendu dans les mêmes conditions que le décret du 17 février dont il reproduisait littéralement toutes les dispositions, le décret du 28 mars n'est que la copie (en quelques points *cum commento*) du décret qui le précède, à cette différence près qu'il s'explique au sujet de la prescription; il doit en conséquence en être considéré sur ce point comme son interprétation officielle et authentique. — C'est le même esprit, la même volonté, le même système; — or loin de reconnaître qu'il y ait, comme le prétendait la circulaire du 27 mars, *inconcilabilité* entre le *système des poursuites dans les formes et les délais du Code d'instruction criminelle et la règle de la prescription de six mois de la loi de 1819*, le décret, après avoir reproduit par son article 14 l'article 27 du décret du 17 février, déclare formellement, par son article 19, que « l'action « *publique contre les crimes et délits de presse s'éteindra conformément à l'article 29 de la loi du 26 mai 1819.* » — Il me semble dès lors difficile d'admettre que le législateur ait voulu priver la métropole d'une disposition de faveur qu'il maintenait en Algérie ¹.

Sur le terrain exégétique de la confrontation du texte, la question est jugée; — il ne nous reste plus qu'à examiner si la *pensée* de la loi repousserait l'interprétation qui découle ainsi de sa *lettre*.

¹ V. mon *Code annoté de la presse*, p. 154, note 728.

Quelle pensée pourrait-on ici supposer qui nous fût contraire ?

Le législateur ne touche d'ordinaire aux lois que pour suppléer à leur insuffisance ou résoudre, par une rédaction plus complète, les difficultés que leur application avait rencontrées; en deux mots, pour *faire mieux*.

Quel mieux pouvait ici, en matière de prescription, se proposer et réaliser l'auteur du décret du 17 février 1852? Quel abus, quelle difficulté pouvait justifier sous ce rapport un changement dans la législation? L'article 29 de la loi de 1819 avait-il cessé d'être utile? la règle qu'il impliquait avait-elle jamais donné lieu à des réclamations ou fait l'objet d'une critique? — Importait-il moins, en 1852, que les délits de la presse, dont les circonstances font quelquefois tout le danger, fussent punis sous l'empire de ces circonstances, et que la répression, rapprochée de l'attaque, vint ajouter à l'exemplarité du châtiment? — En quoi eût-il été mieux d'accorder trois ans que six mois pour la poursuite d'un délit dont la publicité constitue et constate la culpabilité? Il n'y a plus qu'à le punir; le plus tôt est toujours le mieux; ajourner eût été le pire. — Il n'y avait donc, en 1852, aucune raison sérieuse pour abroger l'article 29 de la loi précitée.

Considérerait-on comme telle le très-médiocre avantage d'*unifier* sur ce point la législation? — Mais il faudrait reconnaître alors que la rédaction de la loi répond bien mal à sa pensée, car, loin de tendre à l'*unité*, ses dispositions rapprochées aboutissent à la *division* par cette anomalie déjà signalée, qui rend impossible l'interprétation de la Cour suprême.

III. — Résumé et conclusion.

Résumons-nous pour mieux conclure.

Les lois qui concernent la *prescription* de l'action publique « *touchant au fond du droit*, » à l'existence même de l'action, sont par cela même indépendantes de celles qui en règlent la *poursuite*.

Un changement dans les *formes et délais de la poursuite* n'implique donc point par lui-même une modification des *délais de la prescription*.

Les dispositions qui règlent les uns ne se trouvant point pour ainsi dire sur le même plan que celles qui règlent les

autres, ne sauraient en conséquence entrer en conflit et être *inconciliables*.

La réunion dans le décret du 28 mars 1852, sur la presse en Algérie, des deux dispositions que l'on oppose l'une à l'autre démontre d'ailleurs qu'il n'y a aucune inconciliabilité légale entre le *retour au droit commun en ce qui concerne les poursuites* et le *maintien* de la prescription spéciale de six mois.

L'omission dans le décret organique du 17 février, d'une disposition analogue à celle qui, dans le décret du 28 mars, maintient formellement en vigueur l'article 29 de la loi de 1819, ne saurait avoir pour effet de donner à l'article 27 du premier de ces deux décrets une portée que sa disposition n'a point dans le second et que ses termes ne comportent point par eux-mêmes. — *Involontaire*, cette omission constitue une *lacune* qui laisse subsister la loi de 1819, et il n'est pas douteux, *si elle est volontaire*, que l'intention du législateur n'ait été par là de maintenir sur ce point la législation *spéciale*, lorsque surtout rien dans la disposition *générale* de l'article 27 n'indique la pensée d'une abrogation. — Une *loi spéciale*, ne peut être en effet abrogée par une *loi générale* que par une disposition formelle de cette loi ou par des dispositions *inconciliables ensemble*.

L'article 27 du décret organique du 17 février 1852 porte, comme l'article 19 du décret du 28 mars, que *les poursuites auront lieu dans les formes et délais du Code d'instruction criminelle*; l'interprétation qui voudrait dans ces dernières expressions comprendre *les délais de la prescription*, risquerait d'en étendre le sens au delà de leur portée naturelle et des nécessités qui ont provoqué cette disposition : rien, dans les circonstances et les conditions politiques de la loi ne pourrait en effet justifier à cet égard une modification de la législation antérieure; le mot *délai* de cet article doit en conséquence être considéré comme se rapportant uniquement aux *délais de procédure* pour laquelle seule il n'est pas douteux que le législateur ait entendu revenir au droit commun.

Tels sont les motifs qui me portent en conséquence à penser que l'action publique a raison des *crimes et délits* commis par la voie de la presse ou tout autre moyen de publication, continue à se prescrire par six mois, en vertu de l'arti-

cle 29 de la loi du 26 mai 1819, qu'aucune loi n'a abrogé.

Que pourrait-on ici nous opposer? — L'arrêt précité de la Cour suprême? — Mais si l'insuffisance de ses motifs n'en infirme pas l'autorité il faut en accepter les conséquences et reconnaître que *si la plupart des délits de la presse et toutes les contraventions* se prescrivent par TROIS ANS, *tous les crimes et quelques délits particuliers* ne le seront que par six mois.

C'est entre cette anomalie et la règle uniforme et toujours utile de loi de 1819 qu'il faut se prononcer. — Nous faisons des vœux pour que la Cour de cassation soit appelée de nouveau à examiner cette difficulté de jurisprudence.

II. De la prescription des contraventions aux lois sur la police de la presse.

On a divisé les *délits de presse* en deux catégories¹ d'après la nature de leurs éléments constitutifs :

Dans l'une se rangent les infractions que caractérise une *pensée malveillante et coupable*, c'est-à-dire des discours, écrits ou dessins dont *le contenu et le sens* sont la manifestation agressive d'une intention méchante et nuisible au double point de vue des intérêts individuels et sociaux. C'est la catégorie des *délits de presse proprement dits*.

L'autre comprend les infractions qui, indépendamment de toute intention délictueuse, consistent uniquement dans le fait tout extérieur et matériel d'une publication irrégulière par suite de l'omission d'une formalité, ou parce qu'en publiant on a contrevenu à une interdiction portée comme simple mesure de police ; — infractions que pour cette raison on a qualifiées de *contraventions correctionnelles, à la police de la presse*.

Si l'application de l'article 29 de la loi du 26 mai 1819 aux infractions de la première catégorie² n'a point été contestée,

¹ Le décret du 17 février 1852 a consacré cette division en distinguant dans son article 25 entre les *délits* et les *contraventions sur la presse* : « Art. 25. Seront poursuivis devant les tribunaux correctionnels 1° les délits commis par la voie de la presse..., 2° les contraventions sur la presse... »

² A l'exception toutefois des délits de publication par écrit, par parole ou autrement, prévus par le Code pénal ; — tels que les délits qui font l'objet des articles 201 à 205, discours et écrits pastoraux ; 222 et suiv., outrages envers les magistrats ; 260 et suiv., outrages envers les objets du culte ; 283 et suiv., publications coupables ; 376, dénonciations calomnieuses ; 371 et

il n'en a pas été de même de son application à celles de la seconde. — C'est là encore une question controversée sur laquelle la Cour de cassation s'est prononcée négativement, le 3 septembre 1842, par un arrêt qui ne me semble pas plus appelé que le précédent à fixer à tout jamais sur ce point la jurisprudence.

En voici les motifs :

« Attendu que la loi du 26 mai 1819 se rapporte à celle
 « du 17 du même mois; que l'une a pour objet de régler la
 « *procédure* à l'égard des délits qui sont définis par l'autre;
 « que les dispositions exceptionnelles qu'elle renferme ne
 « doivent pas être étendues à d'autres matières pour les-
 « quelles elles ont été faites;

« Que l'article 29 de ladite loi du 26 mai et la prescription
 « spéciale qu'il a établie ne doivent en conséquence profiter
 « qu'aux délits prévus par la loi du 17 mai 1819 ou par des
 « lois postérieures se référant au moyen de publication de
 « l'article 1 de cette loi, *ledit article 29 est sans application*
 « *aux contraventions à la police de la presse...*, pour les-
 « quelles il faut recourir au droit commun et à l'article 638
 « du Code d'instruction criminelle, sauf l'application, dans
 « les cas particuliers pour lesquels elle est faite, de la pres-
 « cription plus courte admise par l'article 13 de la loi du
 « 9 juin 1819. — B. crim., 230.

Cette interprétation, dont les résultats quelque peu choquants seront de soumettre à la prescription DE TROIS ANS les infractions les moins graves, alors que les crimes et les délits de la presse seront prescriptibles PAR SIX MOIS, n'a pas été unanimement acceptée par tous les criminalistes. — L'opinion de ceux qui l'ont repoussée me paraît devoir être préférée comme plus conforme aux intentions du législateur.

La Cour me semble en effet avoir trop considéré en cette circonstance le but général de la loi et pas assez les motifs particuliers de son article 29.

L'objet de la loi du 26 mai 1819 est bien, il est vrai, de régler la « poursuite et le jugement des crimes et délits prévus

471, injures verbales simples; etc.; lesquels se prescrivent conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle.

et punis par la loi du 17 du même mois, » mais ce serait méconnaître les idées de large prévoyance qui dirigent d'ordinaire le législateur, que de borner au cercle pénal d'une loi récente les avantages d'une disposition que son utilité générale transformait en *disposition d'ordre public*.

Par la pensée supérieure¹ qui l'a inspirée, par la place même qu'elle occupe à la suite et comme à l'écart des articles qui régissent la *poursuite et la procédure*, la disposition de l'article 29 se détache en effet du but de la loi du 26 mai et se produit avec un caractère de généralité incontestable qui en fait dès lors comme *une règle de droit commun* pour toutes les infractions de la presse.

Dans tous les cas et alors même qu'il serait douteux que tels fussent et sa portée et son caractère dans l'intention du législateur, ce doute, eu égard à l'utilité favorable de l'article 29, en autoriserait encore l'extension sous la protection de cette sage maxime qui commande d'étendre les bienfaits des lois favorables : *Favores ampliandi*.

J'incline en conséquence à penser, avec MM. Chassan et Faustin Hélie², que les infractions aux lois spéciales sur la police de la presse, quels qu'en soient le titre et la date, profitent du bénéfice de l'article 29 de la loi du 26 mai 1819, et sont comme les crimes et les délits commis par la voie de la presse prescriptibles par six mois ; — sauf toutefois les contraventions³ pour lesquelles l'article 13, toujours en vigueur, de la loi du 9 juin 1819, a établi une prescription exceptionnelle de trois mois ; — les arrêts que nous venons d'examiner ne seront pas, il faut l'espérer du moins, le dernier mot de la Cour de cassation en ces matières.

¹ V. page 4, à la note, les motifs de cette disposition. — Il importe d'autant plus d'accélérer les poursuites que les infractions sont moins graves ; les raisons qui ont fait établir la prescription de six mois pour les *crimes* et les *délits* de presse existent avec un degré supérieur de force pour les *contraventions* : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

² Chassan, t. II, p. 78. — Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. III, p. 699.

³ Ce sont les contraventions punies par l'article 11 de la loi du 9 juin 1819 et celles qui sont l'objet des articles 14 et 19 du décret du 17 février 1852. L'identité et l'analogie de ces dernières contraventions avec celles des articles 7 et 8 de cette même loi du 9 juin 1819 les ont maintenues sous la prescription spéciale de l'article 13 de cette dernière loi. — V. à ce sujet notre *Code annoté de la presse*, p. 154, et les tableaux des pages 123, 124, 125, 126.

III. De la compétence territoriale pour les jugements des délits
commis par la voie de la presse.

Après les questions que soulève la prescription, questions de vie ou de mort pour l'action publique, une des plus importantes est sans contredit celle de la compétence du tribunal qui doit en connaître.

La connaissance des délits et contraventions commis par la voie de la presse ou autres moyens de publication, que la loi de 1819 avait attribuée aux Cours d'assises, est aujourd'hui sans exception restituée aux tribunaux de police correctionnelle; l'article 25 du décret-loi du 17 février 1852, est à cet égard trop formel et trop explicite pour avoir donné lieu sur ce point à la moindre hésitation; aussi n'est-ce pas au sujet de la compétence juridictionnelle, mais de la non moins importante question de la compétence territoriale sur laquelle le décret de 1852 ne s'explique pas, que les décisions de la jurisprudence me semblent prêter à la critique et mériter quelque attention.

La seule disposition qui détermine cette compétence dans la législation spéciale qui régit la presse est celle de l'article 12 de la loi du 26 mai 1819, ainsi conçu :

« Art. 12. Dans les cas où les formalités prescrites par
« les lois et règlements concernant le dépôt auront été rem-
« plies, les poursuites à la requête du ministère public
« ne pourront être faites que devant *les juges du lieu où le*
« *dépôt aura été opéré* ou de celui de la résidence du prévenu.

« En cas de contravention concernant le dépôt, les pour-
« suites pourront être faites, soit devant le juge de la rési-
« dence du prévenu, soit dans les lieux où les écrits et autres
« instruments de publication auront été saisis.

« Dans tous les cas, la poursuite à la requête de la partie
« plaignante pourra être portée devant les juges de son do-
« micile lorsque la publication y aura été effectuée. »

Cette disposition ne concerne pas les délits commis au moyen de *l'écriture* ou de *la parole*, le cercle borné de leur retentissement ne rendait pas nécessaire, comme pour les délits multipliés par les mille feuilles de la presse, une dé-

rogation au droit commun ; leur poursuite reste fixée par les articles 23, 63 et 69 du Code d'instruction criminelle au lieu où ils se sont produits.

Le législateur a eu uniquement en vue, dans cet article 12, les infractions commises au moyen *de la presse* ; pour apprécier à la fois la justice et la portée de sa disposition il est indispensable d'en connaître les motifs et l'origine.

Les délits de presse n'atteignent pas directement celui qu'ils attaquent, c'est par l'impression qu'ils produisent sur l'opinion que s'en réalise le mal, le préjudice et le péril. — Mais cette impression circule avec les écrits ; le délit se multiplie et se propage par publication ; le poursuivra-t-on partout où il vient ainsi à se produire ? L'écrivain sera-t-il contraint à se transporter à deux cents lieues pour en répondre ? C'était la règle sous l'empire du Code d'instruction criminelle, avant 1819 ; il en pouvait résulter des poursuites multiples et éloignées pour un même délit et ce qui est plus regrettable encore, des décisions contradictoires.

Le sentiment de la justice et le bon sens public réclamaient contre une situation aussi inégale ; — une poursuite qui fit quelque bruit en 1818¹, en signala les inconvénients ; le législateur dut y pourvoir ; — il fut à la fois juste et logique.

Tout écrit imprimé, livre ou journal, doit être *déposé* et remis à l'autorité *avant d'être publié*. — Ce dépôt est comme le signal de la publication ; c'est donc du lieu où il est effectué que le délit de son contenu part et se propage ; le lieu du dépôt est ainsi dans le système de la loi, le lieu d'origine, le foyer du délit : l'article 12 de la loi du 26 mai 1819, en y cantonnant la poursuite fut conséquente avec elle-même ; elle fut de plus sage et juste ; car c'est au lieu où le délit se perpète et se produit qu'il faut d'abord le saisir et le poursuivre.

Tels ont été le but et la pensée de la loi de 1819, qui, tout en considérant le lieu du dépôt comme le lieu même de la perpétration des délits de presse, fait cependant la part de tous les intérêts, en permettant à la partie civile de poursuivre au lieu de son propre domicile, lorsque les écrits y ont été distribués, et au ministère public de poursuivre au lieu où les écrits sont

¹ Affaire du *Censeur européen*. V. arrêt de cass. du 18 septembre 1818.

saisis, lorsqu'il n'y a pas eu dépôt, et dans tous les cas au lieu de la résidence du prévenu.

Au système libéral de cette législation la loi du 25 mars de 1822 en substitua un autre; la connaissance des délits de presse fut enlevée au jury et attribuée à la juridiction correctionnelle: ce changement de juridiction entraîna par voie de conséquence le retour *aux formes de poursuite du Code d'instruction criminelle*; mais si loin qu'ait été dans cette voie la jurisprudence de cette époque, elle ne paraît pas avoir été cependant jusqu'à décider que le *rétablissement du droit commun*, en cette matière, *pût impliquer l'abrogation de l'article 12 de la loi de 1819*, quant à l'attribution exclusive de la poursuite au tribunal du lieu de dépôt.

La législation de 1830 restitua au jury le jugement des délits de presse et remit en vigueur les lois de 1819.

Le décret du 17 février 1852 a effectué sur ce point une conversion nouvelle, mais en revenant au système de la loi de 1822 quant à la *juridiction*; — et en prescrivant *expressément le retour aux formes et délais du Code d'instruction criminelle*, quant à la *poursuite*, ce décret aurait-il, en ce qui concerne la *compétence territoriale*, une portée plus grande que n'avait eu la loi de 1822. — Il était permis d'en douter.

Le contraire semblait même résulter de la circulaire du 27 mars 1852 qui est le commentaire officiel du décret du 17 février. Par une énumération bien significative, M. le garde des sceaux y mentionne en effet comme abrogés les articles 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 20, 21, 22, 23, 24 et 25 de la loi du 26 mai 1819 et passe sous silence l'article 12, ce qui indique bien évidemment que dans sa pensée cet article restait maintenu¹.

La Cour de cassation en a cependant autrement décidé; son arrêt en date du 30 janvier 1858 (V. B., n° 27), le déclare de la manière suivante :

« En ce qui touche le moyen fondé sur la violation de
 « l'article 12 de la loi du 26 mai 1819, dit la Cour... Attendu
 « qu'aux termes des articles 23, 63 et 69 du Code d'instruc-

¹ V. mon *Code annoté de la presse* où cet article a été porté comme maintenu, p. 137, n° 673 bis et 675. Sic M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*.

« tion criminelle, le tribunal du lieu du crime ou délit est
« compétent pour en connaître.

« Que s'il a été dérogé à ces dispositions générales et de
« droit commun par l'article 12 de la loi du 26 mai 1819,
« le décret du 17 février 1852 a fait rentrer ces délits quant
« à la juridiction, à la compétence et aux formes de la pour-
« suite, dans les dispositions générales du Code d'instruction
« criminelle, ainsi qu'il en résulte notamment des articles 25,
« 26 et 27 combinés du décret.

« Que l'article 36 dudit décret, déclare que les disposi-
« tions des lois antérieures contraires à ce décret sont abro-
« gées; que dès lors, cette abrogation atteint nécessaire-
« ment l'article 12 de la loi de 1819 qui, formant une
« dérogation aux règles tracées par le Code d'instruction
« criminelle, était inconciliable avec le rétablissement du
« droit commun consacré par le décret du 17 février
« 1852¹. »

Sans revenir ici sur ce que nous avons déjà dit, faisons observer que l'article 27 du décret ne concernant point les délits qui, avant 1852, étaient de la compétence des *tribunaux correctionnels*, le rétablissement du droit commun qu'il impose n'abrogerait pas, quant à eux, la disposition de l'article 12 de la loi de 1819; qu'il y aurait toujours lieu comme avant, même en admettant la doctrine de la Cour, à procéder suivant ses dispositions dans la poursuite des délits de diffamation, d'injure par la voie de la presse, et des délits d'offense, au moyen des comptes rendus qui font l'objet des articles 15 et 16 de la loi de 1822.

Mais ici, comme précédemment, la Cour me paraît avoir méconnu la portée de la loi en lui donnant une extension que ses termes ne comportaient pas. Sa solution d'ailleurs s'accorde difficilement avec les principes en matière d'abrogation, d'après lesquels on ne doit regarder comme tacitement abrogés que les dispositions de la loi ancienne absolument incompatibles avec la loi nouvelle. — Où se trouve en effet l'incompatibilité dans celles qui sont en présence? — Fixons bien la

¹ D'autres arrêts sont venus depuis confirmer cette jurisprudence. V. notamment celui du 8 novembre 1861, B. 220, sur le pourvoi de MM. Sauvestre et Guérault, rédacteurs de l'*Opinion nationale*.

pensée du législateur : que veut-il et que dit-il dans chacune d'elles ?

Par l'article 12 il *détermine le lieu où les poursuites devront être faites ;*

Par l'article 27, *comment elles devront y être faites ;*

L'un désigne quel sera le *juge de la poursuite*,

L'autre les *formes et délais* suivant lesquels il y aura à procéder dans cette poursuite.

Or ce sont là deux choses essentiellement différentes, qui ne sauraient être mises en opposition, et entre lesquelles dès lors l'incompatibilité n'est pas possible.

Il ne paraît donc pas exact de dire, avec l'arrêt, que le décret de 1852 a par son article 27 voulu faire rentrer les délits « de « presse sous l'empire du Code d'instruction criminelle, quant « à la *juridiction*, à la *compétence* et aux *formes de la poursuite*. »

— Cela est vrai quant à la *juridiction* et aux *formes de la poursuite*, mais on ne peut en dire autant de la *compétence territoriale*. Le décret ne s'en occupe en aucune façon¹, et si le législateur avait entendu déroger à la législation antérieure sur un point aussi important, il aurait dû le déclarer, à moins de prétendre que les dispositions qui règlent les *formes de la poursuite* comprennent celles qui déterminent la *compétence*, c'est-à-dire que la *compétence* est une *forme de la poursuite*.

Quoi qu'il en soit, si les motifs donnés à ce sujet dans l'arrêt ci-dessus étaient fondés, la Cour, pour être logique, serait amenée à déclarer également abrogées toutes les dispositions de la loi du 26 mai 1819, qui dérogent au droit commun en matière de procédure criminelle, et notamment les articles 2, 3, 4 et 5 qui subordonnent l'exercice de l'action publique à la plainte ou à l'autorisation des personnes lésées par les délits d'offense, de diffamation ou d'injures ; comme aussi l'article 25 de la même loi qui oblige les tribunaux à surseoir au jugement du délit de diffamation, lorsque les faits ont été dénoncés au ministère public, et elle aurait à revenir ainsi sur les solutions

¹ Cela est vrai en ce qui concerne la poursuite en première instance, car le décret règle la compétence territoriale en matière d'appel par son article 27, qui dispose que les appels seront portés sans distinction de la situation locale des premiers juges devant la chambre correctionnelle de la Cour d'appel.

contenues dans ses arrêts des 29 janvier, 1^{er} juin et 31 mai 1856; nous ne pensons pas que la Cour veuille aller jusque-là. — Mieux lui vaudrait revenir sur la jurisprudence dont nous venons de signaler les vices et les inconvénients et maintenir la loi de 1819 dans ses dispositions favorables et utiles.

G. ROUSSET.

DE LA CONSTITUTION DES SECTIONS DE COMMUNE

ET DES MOYENS DE RECONNAÎTRE LEUR EXISTENCE.

Par M. Léon Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'État.

PREMIER ARTICLE.

La situation des villages ou hameaux qui ont des droits de propriété ou d'usage distincts de ceux de la commune dont ils dépendent et qu'on désigne sous le nom de *sections de commune* est généralement assez mal connue. Quelques-unes des conditions légales de leur vie propre ont été mises en relief, dans ces dernières années, par un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation ou de décisions du Conseil d'État statuant au contentieux. Mais on considérait généralement l'existence des sections comme un fait exceptionnel, qui ne méritait pas une étude spéciale, et ce n'est pas sans un certain étonnement que nous sommes arrivé à reconnaître, en combinant des documents de diverses espèces relatifs aux propriétés communales, qu'il existait environ 30,000 sections¹.

Cet état de choses a des origines diverses. Dans les pays où les sections de commune sont le plus nombreuses, notamment dans les départements montagneux du centre de la France, qui en renferment à eux seuls plus de 20,000, il remonte à la constitution même de la propriété communale. On voit en effet dans l'ordonnance du mois d'août 1669 (tit. 19, art. 3, 6 et 9) que les droits d'usage dans les forêts pouvaient appartenir non-

¹ Nous avons exposé le résultat de nos recherches à ce sujet dans le *Journal des économistes*, livraison d'avril 1869.

seulement aux paroisses, qui représentent à peu près nos communes rurales, mais aussi à des villages et à des hameaux dépendant d'une paroisse. Et quant aux pâturages communaux, à côté des dispositions de certaines coutumes qui nous les montrent divisés par paroisses, nous trouvons les dispositions de la coutume de la Marche (chap. 19, art. 359 et 360) et celles de la coutume d'Auvergne (tit. 28, art. 5) qui nous les font voir divisés entre les fractions de paroisses, les villages, *mas* et *tènements* dont chacun avait des droits exclusifs.

D'autres sections doivent leur origine aux dispositions de la loi du 10 juin 1793 (tit. 4, art. 1^{er}), qui attribue les terres vaines et vagues aux communes et sections de commune dans le *territoire* desquelles ces biens se trouvaient situés au moment de l'abolition du régime féodal, en vertu duquel ils appartenait aux seigneurs.

Enfin un nombre assez considérable de sections ont été créées depuis 1789 par l'effet des changements apportés à la circonscription territoriale des communes. Tantôt de petites communes, qui avaient une population trop restreinte pour offrir les éléments d'une administration municipale, ont été groupées ensemble, et le nombre des suppressions opérées ainsi depuis 1789 est d'environ 7,000. Tantôt, en vue de faciliter les relations locales qui constituent la vie communale, ou afin de régulariser les limites des circonscriptions territoriales, des hameaux ont été enlevés à la commune dont ils dépendaient pour être réunis à une autre commune. Mais il a été reconnu que ces modifications de territoire, faites uniquement en vue d'une meilleure organisation administrative, ne pouvaient, sans injustice, porter atteinte aux droits de propriété et de jouissance des habitants, et ces fractions de commune ont dû conserver leurs droits propres dans le sein de la commune dont elles faisaient désormais partie. La réserve de ces droits est constamment faite dans les lois et décrets qui, chaque année, viennent changer des circonscriptions de communes.

On comprend sans peine que le fractionnement de la propriété communale dû à ces diverses causes est de nature à entraîner de sérieuses difficultés.

L'attention de l'administration supérieure vient de se porter récemment sur ce sujet. Par arrêté en date du 26 mars dernier, le ministre de l'intérieur a nommé une commission pour exami-

ner la situation des biens des sections de commune et des biens communaux en général. Puis, sur les propositions de cette commission, il a décidé qu'une statistique des sections et des biens communaux qu'elles possèdent serait dressée par les soins des préfets, et, par une circulaire en date du 8 juin, il a adressé aux préfets les cadres des tableaux qu'ils auront à remplir et une série de questions sur lesquelles ils devront donner des explications.

Dans ces circonstances, il nous a paru opportun d'étudier les caractères constitutifs des sections de commune, et de rechercher comment on peut distinguer les sections des collections de propriétaires ayant des droits dans l'indivision et reconnaître si elles ont des droits exclusifs de ceux des communes dont elles dépendent ¹.

§ 1. — Caractères constitutifs de la section de commune.

I. Quels sont les caractères constitutifs de la section de commune? Quels sont les signes auxquels on reconnaît son existence?

La section de commune n'ayant d'existence qu'à raison des biens dont ceux qui la composent ont le droit exclusif de jouir en commun, son caractère doit se déterminer par la nature des biens communaux. Or il est de principe que c'est à l'habitation sur le territoire de la commune qu'est attaché et subordonné le droit à la jouissance de ces biens. Quand on ne réside pas sur ce territoire, fût-on propriétaire de la plus grande partie des terres qui la composent, on n'a aucun droit à cette jouissance; quand, après y avoir participé, on transporte sa résidence ailleurs, on perd tous les droits qu'on avait acquis par cette résidence.

C'est ce qui résulte expressément de la définition que l'article 542 du Code Napoléon donne des biens communaux :

¹ Ce travail est extrait d'un livre sur *les sections de commune et les biens communaux qui leur appartiennent*, dont nous publierons prochainement la deuxième édition entièrement refondue, et qui traite : de l'origine des sections avant et après 1789, — de la constitution des sections, — de leurs droits, — de leurs charges, de leurs ressources propres, — de l'administration et de l'aliénation de leurs biens — et de la représentation de leurs intérêts.

« Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels *les habitants* d'une ou de plusieurs communes ont un droit acquis¹. » Et cette règle est trop universellement admise pour qu'il soit nécessaire d'y insister.

La législation a-t-elle assimilé, à cet égard, les sections et les communes? On ne peut en douter. Les droits collectifs des habitants des sections ont été constitués dans les mêmes conditions que ceux des habitants des communes. La seule différence qui existe entre eux consiste dans la limitation du nombre des individus appelés à en jouir. C'est un village au lieu d'une commune tout entière. Mais c'est toujours à la collection des habitants actuels et futurs du village, comme à la collection des habitants actuels et futurs de la commune, que les biens sont attribués. Aussi, l'article 1^{er} du titre 1^{er} de la loi du 10 juin 1793, qui donnait des biens communaux une définition qui diffère peu de celle du Code Napoléon, y avait nommé les sections de commune à côté des communes. « Les biens communaux, porte cet article, sont ceux sur la propriété et le produit desquels tous les habitants d'une ou de plusieurs communes ou d'une section de commune ont un droit commun. » Et l'article 2 de la même loi, développant cette pensée, ajoute : « Une commune est une société de citoyens unis par des relations locales, soit qu'elle forme une municipalité particulière, soit qu'elle fasse partie d'une autre municipalité; de manière que si une municipalité est composée de plusieurs sections différentes, et que chacune d'elles ait des biens communaux séparés, les habitants seuls de la section qui jouissait du bien communal auront droit au partage. »

Les articles 1 et 72 du Code forestier, qui rappellent les droits des sections de commune en même temps que ceux des communes, ne font entre elles aucune distinction.

La même assimilation se retrouve dans les dispositions de

¹ On a justement fait remarquer qu'il n'est pas exact de dire que les habitants aient droit à la propriété comme ils ont droit à la jouissance. La propriété est au corps moral, la jouissance seule aux habitants. A ce point de vue, l'article 434 du Code civil sarde donne des biens communaux une définition plus satisfaisante que celle du Code Napoléon, en disant : « Les biens communaux sont ceux dont la propriété appartient à une ou plusieurs communes ou à une section de commune, et au produit et à l'utilité desquels ont droit les individus composant la commune ou la section de commune. »

la loi du 18 juillet 1837, comme dans celles de la loi du 28 juillet 1860. Et c'est toujours en ce sens que se sont prononcées l'administration dans sa pratique, le Conseil d'État et la Cour de cassation dans leur jurisprudence.

La section de commune est donc, comme la commune, une communauté territoriale; c'est à l'habitation sur le territoire de la section qu'est attaché le droit à la jouissance de ses biens, dont la propriété repose sur la tête de la collection des habitants formant un corps moral.

Seulement, il y a entre les communes et les sections cette différence que, pour les communes, leur territoire a une assiette certaine et officiellement déterminée, tandis que, le plus souvent, il n'en est pas de même pour les sections.

La circonscription des communes est ordinairement celle des anciennes villes, bourgs, paroisses ou communautés de campagne qui ont été constituées en municipalités par la loi du 22 décembre 1789, sauf les accroissements qu'a pu entraîner l'article 2 du titre 1^{er} de la loi des 26 février-4 mars 1790, qui dispose que les villes emportent le territoire soumis à l'administration directe de leurs municipalités et que les communautés de campagne comprennent de même tout le territoire, tous les hameaux, toutes les maisons isolées dont les habitants sont cotisés sur les rôles d'imposition du chef-lieu¹. Elle s'est trouvée constatée et consacrée par les opérations cadastrales. Les modifications qui y ont été apportées résultent, selon les temps et selon les cas, soit de lois spéciales, de décrets ou ordonnances, de décisions des administrations de département rendues entre l'année 1790 et l'année 1800, s'il s'agit de réunion ou de fractionnement de communes², soit de décisions des administrations de district et de décisions de préfets, s'il s'agit de simple rectification de limites³.

¹ Il faut ajouter que, aux termes du décret du 21 janvier 1790, dont l'application a dû être assez rare, les villes, villages, paroisses ou communautés qui avaient été jusqu'alors mi-partie entre différentes provinces ont dû se réunir pour ne former qu'une seule et même municipalité, dont l'assemblée devait se tenir dans le lieu où était le clocher.

² Les administrations du département ont eu ce pouvoir, pendant un certain temps, en vertu de la loi en forme d'instruction des 12-20 avril 1790 et de la loi du 12 nivôse an VI.

³ Aux termes de l'article 8 de la loi des 19-20 avril 1790, les limites contestées entre les communautés étaient réglées par les administrations de

Quant à la circonscription des sections, elle n'est fixée par des actes administratifs ou des lois spéciales que lorsqu'il s'agit de sections qui se sont trouvées constituées par le changement du territoire des communes opéré après 1789, et c'est le plus petit nombre. Pour les sections dont l'origine est antérieure à 1789, leur circonscription ne résulte que d'anciens titres ou d'anciens usages. Et l'on comprend que ces anciennes délimitations ne laissent pas que d'être parfois assez difficiles à retrouver.

II. Il n'est donc pas nécessaire que l'autorité administrative intervienne pour donner le caractère de section à une portion du territoire d'une commune. La qualité de section appartient par la force des choses, et indépendamment des actes administratifs, à toute société d'habitants unis par des droits privatifs, que l'origine de cette communauté soit ancienne ou récente et que les limites de son territoire aient ou n'aient pas été préalablement déterminées.

Aussi est-ce avec raison qu'il a été décidé qu'une commune serait mal fondée à opposer à un certain nombre de ses habitants qui prétendraient former une section, que le hameau auquel ils appartenaient n'avait jamais été érigé en section par aucun acte administratif et que même il ne figurait pas sur l'état des sections dressé pour la répartition de la contribution foncière; d'autant que cette division du territoire, qui résulte des opérations cadastrales, n'a d'autre but que de faciliter la confection et l'usage du cadastre (*arr. Cour de Bourges, 19 décembre 1838. Commune de Nansay c. hameau de Souesmes*¹).

III. Nous avons dit que la section est une communauté territoriale et un être moral. Ce dernier point a été contesté dans un travail de M. Fressinaud Saint-Romain intitulé *la Question des communaux discutée devant le conseil général de la Creuse*, travail qui a en effet été lu par son auteur dans une séance du conseil général de ce département, dont il est membre, et qui tend à établir la légitimité du partage des biens des sections entre les habitants.

L'auteur reconnaît que la section de commune est une com-

district. Ce pouvoir est exercé actuellement par les préfets en vertu de l'ordonnance du 3 octobre 1821 et des règlements du 10 octobre 1821 et du 15 mars 1827, sur le cadastre.

¹ Dalloz, *Répertoire*, v° *Commune*, t. X, p. 34.

munauté territoriale; mais il insiste sur les différences qui existent entre la circonscription de la commune et celle de la section : il fait remarquer « que le territoire et la circonscription de la section n'étant que le rayon essentiellement variable de la propriété individuelle attachée par la culture à l'habitation de ses membres et dépendant du fait de cette habitation, flottent au gré de la fortune qui étend ou restreint la propriété, des instabilités humaines qui transplantent les populations et même de la main du temps ou des coups de vent qui anéantissent leurs demeures. »

Il ajoute que la section n'a pas, comme la commune, un domaine public à côté de son domaine privé, qu'elle n'est pas, comme la commune, constituée en vue de pourvoir à des services publics, qu'elle n'a pas de place dans l'organisation politique et administrative de l'empire, qu'elle n'existe qu'en raison des biens qu'elle possède, et il conclut de toutes ces différences que si la commune, par sa raison d'être et par la destination de ses biens, comprend les populations à naître et les populations actuelles, — au contraire « la section de commune, indépendante de l'organisme social et périssable comme la famille, comme l'association particulière, comme le simple individu, sans qu'il y ait atteinte à cet organisme, » git tout entière dans le présent, n'a en elle-même ni dans les biens qu'elle possède, rien qui la rattache à l'avenir et qui doive l'obliger plus que l'individu, que l'association particulière, que la famille envers les générations qui doivent succéder à celle qui la constitue¹. »

Il s'efforce ensuite de tirer parti du silence que l'article 542 du Code Napoléon, qui définit les biens communaux, garde sur les sections de commune, pour soutenir que les biens des sections ne sont pas des biens communaux proprement dits.

Enfin s'appuyant sur les termes de l'article 1^{er} du titre 4 de la loi du 10 juin 1793, qui dispose que tous les biens communaux en général, connus sous les divers noms de terres vaines et vagues, etc., sont et appartiennent, de leur nature, à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de commune, dans le territoire desquels ces communaux sont situés, il soutient « que la propriété des communaux

¹ P. 12.

« de simples sections de commune réside dans la main de leurs
 « habitants et que, par cela seul que ces biens leur appartiennent, ils ont le droit d'en disposer de la manière la plus absolue, conformément à l'article 537 du Code Napoléon, et ne
 « peuvent être contraints ni à les laisser dans l'indivision ni à
 « les conserver pour les rendre à ceux qui viendront après
 « eux ¹. »

Toutefois il reconnaît que ce droit diffère encore de celui de chaque habitant sur ses biens ordinaires par des règles spéciales relatives à la manière de l'exercer, et il s'agit ici, d'une part, des règles prescrites par la loi du 10 juin 1793, que l'auteur considère comme étant toujours en vigueur, et, d'autre part, de celles qu'établit la loi du 18 juillet 1837, notamment la nécessité d'une approbation de l'administration supérieure; qu'il en diffère en outre par l'incertitude du *quantum* de la part afférente à chacun des ayants droit : la loi du 10 juin 1793 ayant ordonné le partage par *tête*, tandis que des avis du Conseil d'État, approuvés par l'empereur le 20 juillet 1807 et le 26 avril 1808, disposent qu'il ne peut se faire que par *seux*. Mais, dit-il, en terminant sur ce point : « la nature du droit de
 « tous est indépendante de la quotité du droit de chacun; et la
 « manière de l'exercer, les formes et les règles suivant lesquelles il peut ou doit être exercé, ne changent rien à son
 « caractère intrinsèque ². »

Nous avouons qu'il nous est impossible de trouver une base solide dans notre législation pour ce système qui, tout en admettant que la section de commune n'est pas une simple association de particuliers tenant leurs biens dans l'indivision, ne veut pas la soumettre au régime des communautés territoriales dont les membres n'ont, par la force des choses, que la jouissance des biens appartenant au corps moral.

Si l'article 542 du Code Napoléon a omis de rappeler les droits des sections de commune, il n'a pas entendu les supprimer, ni changer le caractère des sections; et cette omission est suffisamment réparée par les termes des lois qui ont précédé et suivi le Code Napoléon : la loi du 10 juin 1793, le Code forestier, la loi du 18 juillet 1837 qui ont, comme nous l'avons vu, assimilé les communes et les sections.

¹ P. 24.

² P. 25.

La loi du 10 juin 1793, sur laquelle se fonde l'auteur, parle des communaux des communes et des sections de communes. Les biens de sections sont donc de véritables biens communaux. Et si le droit à la jouissance de ces biens s'acquiert par le seul fait de l'habitation dans le village formant une section de commune (M. Fressinaud-Saint-Romain le reconnaît formellement), nous ne voyons pas comment les habitants actuels auraient le droit de priver les habitants futurs de cette jouissance.

Ce n'est pas parce que la commune est une circonscription administrative et une société politique, que ceux de ses biens qui ne sont pas affectés à un service public doivent se transmettre de génération en génération, ou que le produit qu'on en retire par la location ou l'aliénation doit entrer dans la caisse municipale; c'est parce que c'est un être moral, et parce que les biens appartiennent à l'être moral, à la collection des habitants présents et à venir. Quand ces biens ont été concédés aux communes aussi bien qu'aux sections, on ne songeait qu'aux besoins de l'agriculture. C'est en invoquant cette destination des biens communaux, en rappelant qu'ils avaient été concédés « pour demeurer inséparablement attachés aux habitations des lieux, pour donner moyen aux habitants de nourrir des bestiaux et de fertiliser leurs terres par les engrais ¹, » que des édits d'Henri IV, de Louis XIII et Louis XIV, rendus en 1600, 1629, 1659, 1667, autorisaient les communautés et paroisses à rentrer dans les biens dont elles avaient été dépouillées violemment, et qu'elles s'étaient vues contraintes d'abandonner à vil prix. L'origine et la destination première des biens communaux des communes ne différaient donc en rien de ceux des biens des sections. Sans doute, depuis cette époque, les progrès de l'agriculture ont fait trouver plus d'inconvénients que d'avantages dans les biens communaux; le développement des services publics dont la gestion est confiée aux municipalités (service du culte, de l'instruction primaire, de la voirie vicinale, etc.), a conduit fréquemment à amodier et même à aliéner ces biens pour trouver les ressources nécessaires à la satisfaction des besoins collectifs des habitants. Mais on ne voit pas pourquoi une transformation semblable ne pourrait pas s'opérer, en cas

¹ Préambule de l'édit d'avril 1667.

de besoin, dans les biens des sections, en respectant les droits exclusifs de leurs habitants, et pourquoi la génération actuelle voudrait disposer à son profit des biens qui ont servi aux générations passées et qui doivent servir, sous une forme ou sous une autre, aux générations futures.

Nous croyons donc que ce système n'est pas conforme à notre législation et qu'il faut reconnaître que la section est une communauté territoriale et un être moral au même titre que la commune.

§ 2. — Des moyens de distinguer une section de commune d'une collection de propriétaires ayant des droits dans l'indivision.

IV. On a fréquemment confondu ou tenté de faire confondre une section de commune avec une collection de propriétaires ayant dans l'indivision des droits de propriété ou d'usage.

Tantôt c'était une simple question de procédure. Il s'agissait de savoir si des particuliers, qui avaient un intérêt commun à l'exercice de droits de propriété ou d'usage devaient être actionnés, ou intenter une action *ut singuli*, individuellement, ou si, au contraire, ils devaient être représentés soit par un syndic, soit par l'administration municipale de la commune dont ils dépendaient.

V. Dans d'autres cas, c'était le fond même du droit qui était en discussion. Des habitants d'un village se présentaient devant les tribunaux civils, en se prétendant propriétaires par indivis du bois ou du pâturage, dont ils jouissaient en commun, et, se fondant sur ce que, aux termes de l'article 815 du Code Napoléon, nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision, ils demandaient que le partage fût opéré entre eux. Ce dernier fait s'est produit fréquemment, surtout dans les pays où les sections de commune sont nombreuses. Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 10 octobre 1842, provoquée par l'administration des forêts, signale ce mode d'usurpation, comme pratiqué *dans plusieurs localités*.

Parmi les départements auxquels le ministre fait allusion, nous pouvons citer ceux du Cantal, de la Nièvre et du Jura. Ainsi dans un vœu émis par le conseil général du département du Cantal pendant sa session de 1843, on trouve ce qui suit : « Les habitants des communes ou sections de commune s'entendent,

pour considérer les communaux comme des indivis ou propriétés particulières auxquelles ils ont tous un droit égal. Plusieurs d'entre eux, ayant parfois le maire en tête, demandent, contre les autres, le partage de ces prétendus indivis; ceux-ci consentent au partage; un jugement passé d'expédient l'ordonne; le partage est fait, et le corps moral de la commune (ou de la section) est ainsi dépouillé au profit des possesseurs actuels¹.

Des manœuvres du même genre se sont pratiquées dans le département de la Nièvre. C'était particulièrement aux bois communaux que s'attaquaient les usurpateurs, et voici comment ils procédaient : Un petit nombre de propriétaires, parmi lesquels figurait quelquefois le maire ou quelques-uns des conseillers municipaux, se faisaient céder, à prix d'argent, par les autres habitants, leurs droits à l'affouage, droit qui ne peut cependant être aliéné, puisqu'il est attaché exclusivement à la qualité d'habitant, et quand ils avaient concentré dans leurs mains, en vertu d'actes qu'ils avaient soin de faire passer devant notaire, le droit à la jouissance du bois, ils s'en prétendaient propriétaires par indivis, à titre privé, et, produisant leurs actes d'acquisition, ils demandaient au tribunal de consacrer leur prétention. Le plus souvent la commune ou la section, dont plusieurs représentants étaient parties intéressées au procès, ne défendait pas à cette action, et, faute de contradiction, le tribunal déclarait que le bois était la propriété privée des demandeurs. Une circulaire du préfet du département de la Nièvre, en date du 12 juin 1854, signala ces manœuvres à la vigilance des maires, et l'on voit, dans une autre circulaire du même préfet, en date du 28 juin 1859, que les communes et sections avaient obtenu gain de cause dans de nombreux procès intentés contre elles par des habitants qui voulaient s'approprier de cette manière les bois communaux.

Curasson, dans ses notes sur le *Traité des droits d'usage* de Proudhon, fait connaître des faits semblables qui avaient donné lieu à des procès dans le département du Jura. Il explique à ce sujet que, dans les communes qui sont composées de plusieurs sections ou hameaux réunis, il est d'autant plus facile de se méprendre sur la nature des biens communaux que souvent le

¹ *Recueil des vœux des conseils généraux sur la législation relative aux biens communaux*, p. 19.

hameau ne s'est formé que par l'établissement d'une seule famille ¹.

VI. Cette prétention, élevée le plus souvent de mauvaise foi et en vue d'usurper les biens communaux, a été soutenue en principe et érigée en théorie par le conseil général du département de la Haute-Vienne, dans un vœu qu'il nous paraît nécessaire de reproduire ici intégralement pour le discuter. Voulant justifier le vœu qu'il émet en faveur du partage des biens communaux entre les habitants, le conseil général s'exprime ainsi : « En admettant, ainsi que le prétendent quelques personnes, qu'il existe des propriétés affectées, à toujours, à certains corps moraux qu'on appelle *communes*, ces propriétés n'existent pas dans le département de la Haute-Vienne; celles qu'on y connaît sous le nom de communaux n'appartiennent nulle part à des communes entières, mais seulement à des villages qui les possèdent exclusivement et quelquefois promiscûment avec un ou deux villages voisins.

« Ces communaux, loin d'avoir le caractère de promiscuité perpétuelle, *ne sont autre chose que des propriétés indivises*, dont le droit commun suffirait à autoriser le partage, sur la demande des parties intéressées, si de fausses idées, nées de la confusion de choses qui devraient être soigneusement distinguées, ne prévalaient pas sur la vérité des faits, et sur les conséquences qu'ils devaient produire.

« Ce caractère de propriétés indivises ne ressort pas seulement de leur affectation spéciale à tels ou tels villages à l'exclusion de toutes les autres parties de la commune; elle résulte encore de ce que, dans quelques localités, à côté de communaux appartenant à la généralité des habitants, il en est d'autres qui n'appartiennent qu'à deux ou trois personnes; enfin dans quelques villages, composé d'un certain nombre d'exploitations appartenant toutes à un même propriétaire, se trouvent des propriétés qui n'ont évidemment que le nom de propriétés communales, puisque, si elles sont jouies promiscûment par les divers colons du même maître, le droit qui réside tout entier dans les mains de ce dernier, ne lui est commun avec personne.

« Indépendamment de ces raisons, tirées de la nature même

¹ Titre 4, chap. 1^{er}, n° 732.

des propriétés communales, il en est d'autres qui reposent sur des faits encore plus précis. Il serait facile de justifier par des actes très-anciens, dont plusieurs ont été mis sous les yeux du conseil général, que tantôt ces propriétés ont été cédées nommément, à titre onéreux, à tous les individus qui habitaient alors les villages dont ils dépendent aujourd'hui, ou seulement à quelques-uns de ces habitants, et que tantôt elles sont restées dans un état d'indivision à la suite des partages exécutés dans des familles qui possédaient en tout ou en partie la circonscription de ces hameaux ¹. »

Dans la session de 1857, le conseil général du département de la Haute-Vienne reproduisait encore le vœu qu'il avait émis en 1846, et le rapporteur de la commission chargée de proposer ce vœu, opposant aux biens des communes *les communaux de sections* disait : « Ces biens ont un caractère privé; ils proviennent même, pour la plupart, de démembrements récents de propriétés particulières ², ils sont affectés à des intérêts et à des besoins individuels. Ils ne sont pas la propriété de tous les membres de la famille communale; ils sont la propriété de quelques-uns, et appartiennent aux seuls habitants des villages dans le territoire desquels ils sont compris, sans droit aucun pour la commune proprement dite ³. »

Il y a entre les divers faits énoncés et mêlés dans le vœu du conseil général du département de la Haute-Vienne, des distinctions à établir, et ceci nous amène à exposer les caractères qui permettent de reconnaître la section de commune, et de ne pas la confondre avec une société de propriétaires placés dans l'indivision.

VII. Quand il existe des titres qui constatent que la propriété a été acquise par une réunion de particuliers stipulant chacun pour son compte, ou qu'elle a été mise dans l'indivision au même titre; quand on voit que les droits de propriété ou de

¹ Recueil des vœux des conseils généraux sur la législation relative aux biens communaux, p. 190.

² Dans le vœu émis en 1846, il était dit seulement que plusieurs actes très-anciens établissaient ce fait. Mais on ne parlait pas de démembrements récents de propriétés particulières, et l'on ne disait pas que ce fait se présentât dans la plupart des cas.

³ Procès-verbal des séances du conseil général du département de la Haute-Vienne pour l'année 1857.

jouissance se sont transmis par succession, donation ou vente, sans qu'on ait à considérer si les nouveaux coïntéressés habitaient ou n'habitaient pas la commune ou le village formant section, on se trouve évidemment en face d'une propriété indivise, soumis au régime des propriétés privées.

Il n'y a pas de doute en sens contraire, si les titres constatent que les droits ont été constitués au profit de la collection des habitants présents et futurs du village.

En l'absence de titres qui indiquent la nature de la propriété, et les titres sont rares, si l'on voit que les droits à la jouissance des biens se sont acquis par le fait seul de l'habitation dans le village, si l'on voit, comme l'expose Proudhon dans son *Traité des droits d'usage* (n° 726) : « qu'à mesure qu'il y a eu des mutations de domicile dans les hameaux, ceux qui ont cessé d'y résider ont cessé aussi de participer au produit de tels ou tels fonds, tandis que les particuliers qui sont, au contraire, venus établir leur résidence dans ce lieu ont été admis à en recueillir leur part, on doit dire que ces fonds sont de véritables communaux, puisque le seul incolat a été reconnu tout à la fois comme titre suffisant pour en partager la jouissance et comme titre nécessaire pour y conserver un droit de participation. »

Et, dans bien des cas, il faut combiner la possession et les divers signes qui la constatent, notamment le paiement des impôts, avec les titres, parce que, ainsi qu'on peut le voir en remontant à l'origine des sections, il n'est pas rare que des propriétés privées indivises se soient transformées en communaux, et quand cette transformation a été consacrée par plusieurs siècles de possession, elle ne peut assurément plus être remise en question.

Ainsi donc, le fait de « l'affectation spéciale d'une propriété à tels ou tels villages, à l'exclusion de toutes les autres parties de la commune, » pour reprendre les termes du vœu émis par le conseil général de la Haute-Vienne, n'établit pas que le fonds dont il s'agit soit une propriété privée indivise, si, d'ailleurs, pour en jouir, il est nécessaire et il suffit d'avoir la qualité d'habitant du village. Quant aux biens pour lesquels on produirait des titres qui prouveraient qu'ils ont été concédés nommément à tous les individus qui habitaient alors le village ou à quelques uns d'entre eux, ou bien encore que la propriété

a été mise dans l'indivision à la suite d'un partage de famille, on doit reconnaître, si la transmission de la propriété et la possession sont conformes aux titres, que ce sont des propriétés indivises; mais il est impossible de tirer de ces faits spéciaux des conclusions générales sur la nature de tous les biens qui appartiennent aux sections de commune.

Telle est la doctrine qui nous paraît consacrée par la jurisprudence du conseil d'État et par celle des tribunaux civils et de la Cour de cassation.

VIII. La jurisprudence du conseil d'État résulte de décisions prises sur des recours dirigés contre des arrêtés de conseils de préfecture en matière d'autorisation de plaider.

La première concernait une réunion de particuliers qui avaient des propriétés dans la commune de Vallenay, mais dont plusieurs n'y habitaient pas, et qui soutenaient que le droit de jouir en commun d'un bois était attaché à leurs propriétés et se transmettait à ceux qui, par succession ou autrement, devenaient propriétaires desdits fonds. Se considérant comme une section de la commune de Vallenay, ils avaient demandé au conseil de préfecture du département du Cher, l'autorisation d'actionner la commune en dommages-intérêts à raison du préjudice qu'elle leur aurait causé, en vendant la totalité du quart en réserve du bois, dont ils revendiquaient la jouissance exclusive.

Le conseil de préfecture avait accordé l'autorisation qui lui était demandée et désigné un des réclamants, le sieur Raviou, pour représenter la section. Puis, par un autre arrêté, il avait accordé à la commune l'autorisation de défendre à cette action, et désigné le maire pour représenter la commune. Devant le tribunal civil, on avait soutenu que le maire ne pouvait représenter la commune dans un procès engagé contre la section (nous ne voyons pas quel motif on avait pu invoquer, car le maire n'était pas au nombre des intéressés). Le tribunal avait sursis à statuer jusqu'à ce que la commune produisît une autorisation régulière. Le sieur Raviou avait saisi le conseil de préfecture, en lui demandant de désigner une autre personne que le maire pour représenter la commune, et le conseil de préfecture ayant écarté sa demande, en déclarant qu'il n'y avait lieu à statuer à cet égard, il s'était pourvu devant le conseil d'État.

Devant le conseil d'État, le ministre de l'intérieur, à qui le pourvoi avait été communiqué, avait exprimé l'avis que l'arrêté du conseil de préfecture, qui faisait l'objet du recours, n'était susceptible d'aucune critique : que c'était bien au maire qu'il appartenait de défendre la commune. Mais il pensait qu'il y avait lieu d'annuler, dans l'intérêt des principes, le premier arrêté du conseil de préfecture, qui avait à tort considéré les réclamants comme formant une section de commune, et qui avait, en outre, désigné le sieur Raviou pour représenter la prétendue section, contrairement aux dispositions de l'arrêté du 24 germinal an XI, qui laisse à la commission syndicale, organe de la section, le soin de désigner le syndic. Il insistait particulièrement sur le premier motif d'annulation qu'il indiquait, et s'exprimait à cet égard en ces termes : « Il ne suffit pas, pour constituer une section, qu'une partie des individus qui composent la commune aient des droits à eux propres, indépendants de ceux du reste des habitants ; car, d'après ce système, des individus achetant ensemble une propriété dans l'indivision formeraient une section, ce qui est inadmissible ; il faut encore qu'ils possèdent sous le nom d'une communauté ou fraction de communauté distincte ayant un territoire déterminé ; il faut que leurs droits de propriété et jouissance communales soient attachés à l'habitation, à la résidence sur ce territoire ; car tel est le caractère distinctif des propriétés communales : on en jouit par cela seul qu'on a son domicile dans la commune ; si on transporte son domicile ailleurs, on n'y a plus aucun droit. »

Le conseil d'État a rejeté le recours formé par le sieur Raviou, et a annulé en même temps le premier arrêté du conseil de préfecture par les deux motifs indiqués dans l'avis du ministre de l'intérieur, et notamment par le motif, « qu'il n'était pas établi que les habitants ci-dessus dénommés formassent section de commune » (ordonnance du 17 juin 1829, *Raviou*).

Dans une autre affaire, il s'agissait d'un litige relatif à des droits d'usage, qui appartenaient exclusivement (il y avait à cet égard chose jugée) à ceux des habitants de la commune d'Houlbec-Cocherel qui, à la date du 4 août 1789, avaient maison bâtie dans la commune de Cocherel, ou à leurs représentants et ayants cause. Le maire de la commune d'Houlbec-Cocherel avait demandé au conseil de préfecture du dé-

parlement de l'Eure, l'autorisation d'intenter une action au nom de cette collection d'habitants, qu'il considérait comme une section de commune.

Le conseil de préfecture avait refusé cette autorisation. Le recours formé par le maire contre l'arrêté du conseil de préfecture a été rejeté par une ordonnance royale, en date du 10 janvier 1845, ainsi conçue : « Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment des jugements et arrêt de 1835 et 1836, ci-dessus visés, que l'action que le maire de Houlbec-Cocherel demande à intenter ne concerne pas une section de ladite commune, mais seulement un certain nombre de propriétaires de la section de Houlbec, et que dès lors il n'y a pas lieu d'autoriser le maire à plaider pour ces propriétaires.

IX. C'est aussi dans ce sens que se prononce l'autorité judiciaire. Nous en pouvons citer d'assez nombreux exemples.

En voici d'abord deux qui sont rapportés par Curasson, dans ses notes sur le *traité des droits d'usage* de Proudhon¹.

La première des deux affaires n'était pas sans délicatesse, par suite des circonstances assez anormales dans lesquelles elle se présentait. « Les habitants du hameau de la Chapelle-Mijoux, faisant partie de la commune de la Gluze, arrondissement de Pontarlier, jouissaient en commun, de temps immémorial, de quelques propriétés qui n'avaient jamais été soumises au régime municipal, et d'une forêt assez considérable dont l'ancienne maîtrise et les agents forestiers n'avaient jamais eu l'administration. C'était un des particuliers du hameau qui administrait les biens communs et qui en rendait compte aux habitants assemblés. Ils avaient un marteau particulier déposé au greffe, lequel portait la lettre initiale du nom de la principale famille, et le bois, marqué et exploité comme celui de tout propriétaire, était néanmoins distribué annuellement aux résidents, moyennant une taxe destinée à supporter les charges communes, telles que les frais de desserte d'une annexe existant dans ce hameau.

« Par un premier arrêt, la Cour de Besançon, sur la demande du plus grand nombre des habitants, avait ordonné le partage de la forêt comme étant une propriété particulière.

« Mais sur la tierce opposition formée au nom du hameau par le maire du chef-lieu, je faisais observer, dit M. Curasson, que l'administration particulière d'un bien communal, quelque

longue qu'elle eût été, ne pouvait être d'aucune influence sur la nature d'une pareille propriété; c'étaient les relations locales, le mode de participation aux fruits distribués exclusivement aux résidants et le défaut de transmission de la propriété par voie de succession et de vente, qui devaient caractériser un bien communal et le distinguer d'une propriété possédée par indivis. Sur ces raisons, la Cour, par arrêt du 27 février 1826, admettant la tierce opposition du maire, a débouté les particuliers de leur demande en partage de la forêt, laquelle a été considérée comme appartenant à la section ou au hameau de la Chapelle-Mijoux. »

La seconde affaire rapportée par le même auteur offre aussi des circonstances singulières.

« La commune de P.-F., qui dépendait autrefois de deux seigneuries différentes, forme, en conséquence, deux sections, dont chacune a des bois particuliers et attachés à telles et telles habitations. Les habitants de cette commune, ayant trouvé bon de s'approprier les bois communaux, s'y sont pris de la manière suivante : sur le rapport fait contre quelques membres d'une section qui étaient allés couper dans la forêt qui en dépend, ceux-ci ont élevé la question de propriété; prenant pour trouble le procès-verbal de délit, ils ont assigné en complainte le maire qui, loin de défendre la commune, est convenu de la propriété et possession; et, maintenus en possession, ces particuliers ont assigné en partage de la forêt tous les habitants de la section, qui n'ont pas manqué de consentir à ce partage.

« Mais des difficultés se sont élevées sur l'exécution : les uns voulant que le partage fût fait par feux, et les autres qu'il fût fait en raison de la propriété des maisons. Une enquête ordonnée par le tribunal a éveillé l'attention; on a vu par la déposition des témoins, et par certains actes, que les produits du bois dont il s'agit avaient toujours été distribués suivant les formes communales. Le magistrat qui remplissait les fonctions du ministère public crut devoir en conséquence requérir la mise en cause du maire, et avertir le préfet de la spoliation projetée contre la commune.

« Le conseil municipal, composé en grande partie d'habitants qui étaient parties au procès, déclara que la section n'avait pas à intervenir, parce que le bois était une propriété particulière... Mais le conseil de préfecture autorisa le maire à revendiquer,

au nom de la section, la propriété de la forêt en litige. Je fus chargé, dit M. Curasson, de défendre bon gré mal gré, l'administration municipale; et la propriété communale fut démontrée d'une manière si claire, que les particuliers qui demandaient le partage osèrent à peine y insister. Le tribunal les débouta de leur demande, en déclarant la section de commune propriétaire¹. »

Nous pouvons citer encore un arrêt de la Cour de Nancy (11 juin 1846, *Frégeville c. Bigeon*), rendu à propos d'une simple question de procédure, la question de la régularité d'une action introduite pour plusieurs usagers pris individuellement, qui rappelle très-nettement le caractère des biens communaux.

En vertu d'un acte de concession, remontant à l'année 1270, les habitants de la commune de Ruppel jouissaient de droits d'usage dans une forêt, à charge de prestations et redevances. Ces redevances n'étant pas régulièrement acquittées, le marquis de Frégeville, ayant cause du concessionnaire, fit assigner en payement quelques-uns des usagers *ut singuli*. La commune intervint au procès; elle prétendait qu'il s'agissait d'une redevance communale intéressant le corps de la commune et non les habitants privativement².

La Cour de Nancy, devant qui l'affaire fut portée, décida que l'action devait être formée contre la commune et non contre les habitants individuellement, et voici quels étaient les motifs de son arrêt :

« Attendu que tout droit utile, dont la participation s'acquiert par le seul fait de l'habitation dans une commune, constitue par cela même un véritable bien communal, et que les charges et redevances auxquelles il est subordonné prennent nécessairement le même caractère, lorsqu'il suffit du même fait pour produire l'obligation de les payer;

« Que la nature d'un tel droit et d'une telle charge, une fois fixée par cette condition fondamentale, ne peut changer ni s'altérer par l'effet des inégalités introduites dans la jouissance

¹ M. Curasson n'indique pas la date de ce jugement.

² Il s'agit ici d'une commune et non d'une section; mais nous trouvons dans cette affaire ce que nous cherchons à établir : la différence entre une communauté d'habitants formant un corps moral et des propriétaires ou usagers placés dans l'indivision.

commune, ni par le mode convenu et adopté pour la répartition, entre les habitants, des redevances à payer;

« Que, sous ce rapport, le plus ou moins de conformité entre ce qui a été convenu ou pratiqué dans les temps anciens et ce qui est réglé aujourd'hui par la législation sur les biens communaux, ne peut rien contre le fait essentiel d'où dérive la nature d'un bien communal; qu'il importe aussi peu que la concession primitive d'un pareil droit ait été faite à une simple agrégation d'individus, avant son érection en commune, et sans qu'il apparaisse de l'accomplissement des formalités alors en usage ou introduites plus tard pour la régularité des transactions de cette espèce, puisque, d'une part, l'objet du procès actuel n'est pas de contester la validité de la concession faite en 1270 aux habitants de Ruppel, par Ferry Duchatelet, et que, d'autre part, l'acte qui, ultérieurement, aurait constitué en commune l'agrégation concessionnaire, n'aurait pu produire cette transformation quant aux individus, sans l'effectuer aussi quant à leurs biens communs, qui, dès lors, auraient dû devenir communaux ainsi que les charges dont ils étaient grevés;

« Attendu que, d'après les stipulations de l'acte primitif de concession de 1270 et de l'acte récognitif du 3 août 1538, et aussi d'après les aveux et déclarations de l'appelant à l'audience d'hier, les droits accordés, par ces actes, aux hommes, manants et habitants de la ville de Ruppel, l'ont été, non-seulement à tous ceux qui existaient alors, mais encore à tous ceux qui sont venus ou qui viendront s'y établir ultérieurement.... »

Un jugement du tribunal de Rhodéz, en date du 8 janvier 1850, rendu à l'occasion d'une demande en partage de terrains, qu'une section revendiquait comme biens communaux, a décidé que ces terrains devaient, au contraire, être considérés comme propriété indivise, d'abord, parce qu'ils avaient été concédés nommément à certains habitants du village à l'exclusion de certains autres; en second lieu, parce que la jouissance avait été conforme à cette constitution de la propriété, et que les détenteurs avaient payé les impôts par portions inégales, sans aucun rapport avec la valeur de leurs autres propriétés; enfin, parce que les immeubles litigieux avaient, à diverses reprises, et, dans tous les temps, été l'objet de ventes, d'é-

changes, de partages, de baux et de diverses transactions particulières.

Deux arrêts récents de la Cour de cassation, tous deux émanés de la chambre civile, ont consacré les mêmes principes.

Le premier portait principalement sur la question de savoir si l'autorité judiciaire était compétente pour déclarer qu'un hameau formait ou ne formait pas une section de commune, et que, par suite, les actions formées dans l'intérêt collectif des habitants de ce hameau étaient ou n'étaient pas assujetties aux formalités prescrites par les articles 56 et 57 de la loi du 18 juillet 1837. Mais à l'occasion de cette contestation sur la compétence, la Cour apprécie également le point de droit qui faisait le fond de l'affaire.

La Cour de cassation décide que la question de savoir si plusieurs habitants, introduisant une action en justice, agissent dans un intérêt collectif qui leur est propre, ou comme exerçant des droits appartenant à la commune, ou section de commune est une question de fait et de droit, que les tribunaux saisis de l'affaire sont compétents pour résoudre d'après les documents du procès et les circonstances de la cause; puis elle ajoute :

« Attendu que, s'agissant de savoir si les défendeurs à la cassation, habitants du hameau des Cueillis, avaient revendiqué la possession des cours, mares et placeaux situés au centre de ce hameau, comme formant une section de commune, et, au profit de cette section, le tribunal de première instance d'Auxerre a pu apprécier en fait, d'une part, que, par leur exploit introductif d'instance, ils avaient agi seulement comme propriétaires co-intéressés et en leurs noms; d'autre part, qu'il n'existait aucun titre, ni document, dont on pût inférer que le hameau des Cueillis eût jamais constitué une section de commune; d'autre part, enfin, que chacun des habitants figurant dans la cause avait personnellement récolté sa part des fruits et produits des biens litigieux, et que, dans les actes de transmission des habitations du hameau, il était mention du droit à la jouissance des cours, chemins, mares et placeaux, comme accessoires de la propriété; qu'en tirant de ces faits la conséquence en droit que le hameau des Cueillis ne constituait pas une section de commune, et que Vallée et consorts avaient agi dans un intérêt individuel, l'arrêt attaqué n'a violé aucune

loi. » (*Arr. 16 février 1859. Prieur c. Vallée et consorts* ¹.)

Le second arrêt, rendu dans le même sens, n'a pas besoin d'explication. Il suffit de transcrire ses motifs qui sont ainsi conçus :

« Attendu que le jugement attaqué constate en fait que Mauplot et consorts ne forment pas une société d'habitants unis par des relations locales; que ceux d'entre eux qui ont cessé de résider dans la commune de Tony, hameau des Grands-Nains, ont continué à prendre part au produit des fonds (terrains ou cours communes) dont ils demandaient à être maintenus en possession; qu'enfin ils ont produit, à l'appui de cette demande, divers titres d'acquisition desdits fonds; que de ces faits il a été autorisé à conclure que ce n'était pas comme habitants de ce hameau et dans un intérêt communal qu'ils agissaient, mais dans un intérêt personnel et privé, et que, en repoussant la fin de non-recevoir tirée de ce qu'ils auraient dû procéder par l'entremise d'une commission syndicale, il n'a contrevenu ni à l'article 542 du Code Napoléon ni aux articles 10, 49 et 56 de la loi du 18 juillet 1837. » (*Arr. 6 avril 1859. Commune de Tony c. Mauplot et consorts* ².)

On pourrait penser, au premier abord, que cette doctrine est contredite par un arrêt dans lequel la Cour de cassation a reconnu le caractère de section de commune à la communauté des habitants de deux hameaux qui réclamaient des droits d'usage dans une forêt, en se présentant comme successeurs de cinq concessionnaires auxquels les concessions avaient été faites par acte de 1626, tant pour eux que pour leurs successeurs, à feux croissants et décroissants (*Arr. du 30 mai 1837, marquise d'Aubigné c. maire de la commune de la Chapelle du Mont-de-France* ³). Mais, dans l'espèce, il était reconnu que tous les habitants des deux hameaux étaient les successeurs des concessionnaires primitifs. Puis l'État étant devenu, à la suite de la Révolution, propriétaire de la forêt, les habitants des hameaux s'étaient adressés au conseil de préfecture, conformément à la loi du 19 germinal an XI, pour lui soumettre leurs titres et faire reconnaître leurs droits, et un arrêté du

¹ Dalloz, 1859, 1, 53.

² Dalloz, 1859, 1, 224.

³ Dalloz, *Répertoire*, v° *Commune*, t. X, p. 33.

conseil de préfecture, approuvé par le ministre des finances, les avait maintenus *ut universi* dans les droits concédés à leurs auteurs par l'acte de 1626. Toutes ces circonstances ont pu paraître donner à ces hameaux le caractère de sections de commune, et les autoriser à intenter une action par l'organe du maire de la commune dont ils dépendaient. On peut même voir là un nouvel exemple de la transformation de propriétés privées affectées à des jouissances communes en propriétés communales de sections.

Nous croyons avoir établi que les sections ne sont pas des associations de propriétaires, possédant leurs biens dans l'indivision, et avoir indiqué les moyens de les distinguer des associations de cette espèce.

LÉON AUCOC.

(La suite à la prochaine livraison.)

OPTION DES MINEURS SAVOISIENS ET NICOIS

POUR LA NATIONALITÉ ITALIENNE.

Par M. L. A. EYSSAUTIER, juge au tribunal civil de Montélimart,
docteur en droit.

L'article 6 du traité de cession de la Savoie et de Nice à la France est ainsi conçu :

« Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendront conserver la nationalité sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an à partir de l'échange des ratifications, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer; auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue. »

Les sujets sardes *majeurs* avaient-ils seuls le droit de faire option pour la nationalité italienne? Ce droit était-il refusé aux mineurs? S'il était accordé aux mineurs, comment devait-il être exercé?

Telles sont les questions que soulève un arrêt de Chambéry du 22 décembre 1862, publié par la *Gazette des tribunaux*,

questions majeures de droit public sur lesquelles il nous paraît utile d'appeler l'attention des jurisconsultes et des publicistes. Voici comment elles se sont présentées devant la Cour de Chambéry.

Trois jeunes gens mineurs, assistés de leur père, avaient fait au consulat sarde leur déclaration d'option pour la nationalité italienne, avec élection de domicile, l'un à Suze, les autres à Turin. Tous trois ont renouvelé leur déclaration après leur majorité. L'un a été soumis à la conscription en Italie, l'autre s'est engagé dans l'armée italienne, le troisième, d'après les énonciations du jugement du tribunal de Chambéry, ne serait pas allé habiter en Italie. Tous les trois ont été portés sur les listes de recrutement en France et compris dans le contingent.

La position de deux d'entre eux était plus favorable; ils servaient dans l'armée italienne, après avoir opté pour la nationalité italienne; pouvaient-ils être incorporés dans l'armée française? — En Italie, on les considérait comme Italiens, en France les réputerait-on Français? A laquelle des deux nations appartenaient-ils?

Le tribunal de Saint-Jean de Maurienne a décidé qu'ils étaient Italiens, contrairement à un jugement du tribunal de Chambéry, qui, appelé à statuer sur le sort du troisième, venait de le déclarer Français. Le jugement du tribunal de Saint-Jean est une réfutation pied à pied de celui du tribunal de Chambéry; il y a entre eux un conflit de doctrine des plus flagrants. La Cour de Chambéry, appelée à vider le différend, s'est prononcée pour la doctrine du tribunal de Chambéry; en chambres réunies elle a décidé que les mineurs n'avaient pas le droit d'opter pour la nationalité italienne, et qu'ils avaient dû suivre la condition de leur père, être Italiens s'il avait opté pour l'Italie, Français s'il avait opté pour la France. Cet arrêt a été rendu conformément aux conclusions de M. le procureur général Jolibois.

L'autorité de l'arrêt de la Cour, celle du jugement du tribunal et non moins celle de la parole qui a précédé et préparé l'arrêt, ont dû nous faire hésiter avant d'adopter une opinion contraire sur une question aussi grave, aussi délicate; mais, après une étude consciencieuse, approfondie, impartiale entre les intérêts français et italiens, notre hésitation a fait place à une conviction complète.

Avant d'aborder la discussion, nous formerons un vœu, c'est que la question soit vidée par conventions diplomatiques, car, mieux que tous autres, les auteurs du traité sont capables de la décider. Livrée à la jurisprudence, elle pourrait recevoir en France et en Italie une solution différente, ce qui amènerait des conflits regrettables; un citoyen pourrait être déclaré ici Français, là Italien, ou bien être répudié par la France et par l'Italie. Un traité peut seul prévenir ces inconvénients attachés aux décisions judiciaires.

A défaut de traité, d'interprétation diplomatique, le jurisconsulte doit se prononcer. Entrons dans la discussion.

Il est des principes sur lesquels nous sommes complètement d'accord avec la Cour de Chambéry.

En droit public il est constant que la réunion d'un territoire confère aux habitants la nationalité du pays auquel le territoire est annexé. La nationalisation du territoire entraîne celle des habitants; comme le dit fort bien M. le procureur général Jolibois, ce n'est pas le territoire seul, c'est le pays vivant qui est annexé. Telle est la doctrine formelle de Pothier, celle même du traité de cession de la Savoie et de Nice, où nous lisons ces mots : « Les sujets sardes, originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice..., qui entendront *conserver* la nationalité sarde... » Pour *conserver* la nationalité sarde, le traité prescrit des conditions, des formalités, sans l'accomplissement desquelles le droit général reprend son empire.

Cette faveur, que l'on a appelée le droit d'option, est-elle accordée aux mineurs? Leur a-t-elle été refusée? Tels sont les termes de la question.

Nous pensons aussi, comme la Cour de Chambéry, que le mineur n'est pas capable de changer sa nationalité; sa volonté n'est pas assez éclairée pour accomplir un acte aussi important. Aucun texte de loi précis ne formule ce principe, mais c'est l'esprit de nos lois françaises révélé par l'article 9, l'article 10 du Code Napoléon et la loi du 7 février 1851. Nous en concluons que, pendant sa minorité, l'enfant n'a pu opter pour telle ou telle patrie. Nous ajoutons, avec la Cour, que cette incapacité n'est pas relative, qu'elle est absolue; elle peut être opposée par tous, non point par le mineur seul, comme l'a pensé le tribunal de Saint-Jean de Maurienne.

L'argument du tribunal a bien quelque chose de spécieux :

le traité, dit-il, n'interdit pas aux mineurs le droit d'option (c'est ce que nous pensons nous-même), il l'accorde à tous. Si l'on déclare le mineur incapable de l'exercer, c'est à raison de sa minorité, de l'incapacité générale que le droit civil attache à cet état. Mais l'incapacité du droit civil est relative (art. 2112); le mineur ne s'oblige pas, ne se lie pas, mais il peut contracter.

Cet argument, qui séduit de prime abord, nous semble devoir disparaître devant cette considération qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat entre deux personnes dont l'une est liée irrévocablement, tandis que l'autre trouve dans la protection de la loi un moyen de se délier; qu'il s'agit de l'un de ces actes que nous appellerons *unilatéraux*, en détournant ce mot du sens spécial et restreint qu'il a dans le langage juridique des contrats, actes spontanés, nés de la volonté d'un seul, comme le testament, comme l'adoption, qui, émanés d'un mineur, sont valables ou nuls, non en partie, mais dans leur entier, dans leur essence, non relativement, mais d'une manière absolue. Car il n'y a eu qu'une volonté pour produire cet acte, et cette volonté est infirme, elle est impuissante; l'acte n'a pas de racines, il n'a pas de cause génératrice possible. Dans le contrat au contraire, où deux volontés interviennent, la volonté *capable* a pu engendrer une obligation valable, la volonté du mineur n'a pu le lier; c'est ce qui produit ce contrat boiteux, valable d'une part, nul de l'autre.

Si le mineur n'a pas reçu de la loi le droit d'opter entre la nationalité française et la nationalité sarde, son option sera donc nulle radicalement; cette nullité pourra lui être opposée; il n'aura pas seul le droit de l'invoquer.

Ces prémisses, pour lesquelles nous sommes d'accord avec la Cour de Chambéry, étant posées, voici où éclate la divergence: — Nous pensons que si le mineur ne peut, pendant sa minorité, exercer le droit d'option, il peut l'exercer à sa majorité, et que le délai ne part pour lui que du jour où il est devenu capable, son incapacité en ayant suspendu le cours.

Deux systèmes sont possibles pour combattre le nôtre. Le premier consiste à soutenir que le délai d'un an accordé pour l'option a couru contre les mineurs; le second, celui de la Cour, prétend que le mineur doit suivre la condition de son père, que les majeurs seuls ont le droit d'option.

Nous attaquerons d'abord le premier qui s'appuie sur le texte du traité ; et ce que nous dirons contre ce système nous servira pour répondre au second.

Le texte du traité est aussi général que possible : *Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, ou domiciliés actuellement dans ces provinces...* Point de distinction entre les majeurs et les mineurs ! Le droit commun les soumettait tous à la nationalité française dès le moment que le territoire devenait français. Une faveur leur est accordée, une exception est faite à la règle de droit commun ; faveur, elle doit être étendue ; exception, elle devrait être restreinte ; mais, quoi qu'il en soit, si une exception ne doit pas être étendue au delà de ses limites, il faut aller jusqu'à ces limites, il ne faut pas s'arrêter en deçà. Pourquoi le traité disant *les sujets sardes*, entendre *les sujets sardes majeurs* ? Pourquoi poser cette limite *majeurs* en deçà de celle du traité ainsi défini : *sujets sardes* ?

Le texte révèle l'esprit même du traité ; il en est l'expression vraie. Tout démontre que la plus entière liberté devait être laissée aux populations. La France n'imposait pas un joug ; elle ouvrait ses bras pour recevoir ceux qui voulaient s'y jeter. Le roi des États sardes cédait avec certains regrets le pays de ses ancêtres, et il désirait conserver aux habitants le moyen de rester ses sujets. Ces deux pensées convergeaient au même but : liberté des populations, droit absolu d'opter pour l'une ou l'autre patrie.

Comment limiter arbitrairement la concession de ce droit aux majeurs, quand les termes du traité sont généraux, non limités ? Il faudrait plutôt l'étendre que la restreindre.

Comme nous, le premier système que nous combattons, admet que la faveur est générale, s'applique à tous, même aux mineurs ; mais il invoque les termes du traité qui suivent, et qui fixent à un an le délai pendant lequel l'option de nationalité peut avoir lieu. Pour lui, ce délai est fatal, il est opposable aux mineurs comme aux majeurs ; or les mineurs étant incapables de changer de nationalité, et le principe du droit commun les rendant Français par l'annexion du territoire à la France, ils deviennent Français par l'impossibilité où ils se trouvent d'user de la faveur du traité. Virtuellement, le mineur a le droit d'option, mais il ne peut l'exercer qu'à une époque où le droit n'existe plus.

C'est ici qu'il faut dire avec raison que la lettre tue l'esprit.

Le texte fixe un délai sans doute, mais il ne dit pas que ce délai court même contre les mineurs. Il ne fait pas d'exception pour eux, mais cette exception n'est-elle pas dans les principes généraux du droit, qui suspendent le cours de la prescription et des délais en faveur des personnes qui ne peuvent agir? La maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio* est de droit public comme de droit privé. Si le délai devait courir contre le mineur, il serait impossible de décider qu'il ne peut agir. Ou il peut agir, et, mineur, il a le droit d'opter; ou il ne le peut, et le délai suspend son cours pendant la minorité.

Le texte *brut* confère aux mineurs le droit d'option; vous le leur refusez en vertu des principes qui règlent la capacité des personnes; en vertu des mêmes principes vous êtes obligés de déclarer le délai suspendu pendant qu'ils ne peuvent agir.

Ou nous sommes dans l'illusion, ou cet argument est péremptoire.

On ajoute qu'il fallait rendre aussi brève que possible la période de transition. Nous répondrons que plus encore il fallait, qu'avant tout on désirait laisser aux habitants le droit de choisir leur nationalité, et le système contraire au nôtre prive de ce droit une grande partie de la population.

Quels inconvénients si grands résulteront de ce que quelques mineurs pourront, pendant vingt ans, opter pour la nationalité sarde, aujourd'hui surtout que les étrangers succèdent en France! La question du recrutement est assez secondaire en cette matière. Combien peu useront de ce droit d'option! La qualité de Français est trop précieuse, pour qu'on redoute les résultats de la concession faite par le traité. La France tient-elle d'ailleurs à ceux qui ne veulent pas d'elle? Nos lois ne laissent-elles pas toujours ouvertes les portes de la patrie à ceux qui ont le malheur de vouloir l'abdiquer?

En 1814, quand la France fut démembrée des provinces annexées antérieurement, une ordonnance permit aux habitants originaires des provinces séparées, domiciliés en France, de conserver la nationalité française en faisant une déclaration dans les trois mois de l'ordonnance. Ce délai, formulé comme dans le traité, était simplement comminatoire d'après la jurisprudence, et les tribunaux ont reconnu qu'il ne courait

contre les mineurs que du jour de la majorité. Nous l'établirons bientôt.

Interrogeons un document contemporain du traité, le décret du 30 juin 1860. Nous y lisons : « Art. 1^{er}. Les sujets sardes majeurs, et dont le domicile est établi dans les territoires réunis à la France par le traité du 24 mars 1860, pourront, pendant le cours d'une année à dater des présentes, réclamer la qualité de Français... Art. 2. Les sujets sardes encore mineurs, nés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice, pourront, dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, réclamer la qualité de Français en se conformant à l'article 9 du Code Napoléon. »

Avant de puiser un argument dans ce décret, tâchons de bien en comprendre le sens. Il est évident que l'article 1^{er} ne se rapporte pas aux sujets sardes originaires des provinces annexées, mais aux sujets originaires d'une autre province sarde, domiciliés dans les pays réunis.

Ces sujets domiciliés dans les provinces réunies devaient devenir Français par le fait de la réunion, d'après les principes généraux enseignés par Pothier. Il était donc inutile de leur accorder un délai pour réclamer la qualité de Français qui leur était conférée de plein droit.

D'un autre côté, le traité du 24 mars 1860 dit expressément, art. 6 : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, *ou domiciliés actuellement dans ces provinces*, jouiront, pendant l'espace d'un an..., de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, *auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue.* » De là s'induit qu'au cas contraire la qualité de citoyen sarde ne serait pas maintenue *aux sujets domiciliés actuellement dans les provinces réunies.*

Pourquoi le décret du 30 juin dit-il précisément le contraire, en exigeant certaines formalités pour conférer *aux sujets sardes majeurs, dont le domicile est établi dans les territoires réunis*, la qualité de Français, qui, d'après le décret du 24 mars, leur appartient de plein droit? Nous l'ignorons; ce décret est pour nous inexplicable, et nulle part nous n'avons pu en trouver l'explication. Mais que l'on remarque la tendance, elle consiste à déroger aux principes plutôt pour maintenir la nationalité sarde, que pour imposer la nationalité française, même quand le traité est formel.

Cette observation faite, passons à l'article 2 qui fournit un argument à notre thèse. Cet article s'applique à tous les mineurs nés dans les provinces réunies, sans distinguer si leurs parents sont domiciliés dans ces provinces ou ailleurs. Ils auront le droit de réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivra la majorité. Nous pourrions nous demander si quelques-uns de ces mineurs, notamment ceux nés de parents domiciliés dans les provinces réunies, ne sont pas Français de plein droit, en vertu du traité, et malgré ce décret, dont aucun rapport ni exposé de motifs ne dit la raison d'être; mais c'est là une difficulté étrangère à la question qui nous préoccupe; prenons le décret tel qu'il est. Il en résulte qu'entre autres les sujets sardes domiciliés en Savoie et dans l'arrondissement de Nice, et originaires d'autres provinces, peuvent réclamer la qualité de Français. Les majeurs doivent faire leur réclamation dans l'année à dater du décret, les mineurs dans l'année de leur majorité.

Voilà une distinction bien nette entre les majeurs et les mineurs, et pour une option de nationalité. — Le décret ne craint pas de laisser en suspens l'état de ces mineurs pendant une trop longue période; et ce décret n'émane que du gouvernement français, tandis que le décret est synallagmatique. — Il n'impose pas la nationalité française; au contraire, il ne veut pas que les sujets sardes domiciliés dans les provinces réunies en soient investis par un consentement tacite, comme le voulaient le droit commun et le traité, il exige un assentiment formel, il exige que la nationalité française soit sollicitée, réclamée par eux.

Ce décret ne sera-t-il pas un flambeau pour éclairer l'interprétation du traité?

Il s'agit dans le décret des sujets sardes domiciliés dans les provinces réunies, que le traité déclarait français par le fait de la réunion avec le droit d'opter pour la nationalité sarde dans le délai d'un an. Par un motif pour nous impénétrable, leur position change. Ils étaient réputés Français par le traité, ils sont réputés Sardes par le décret. Ils avaient, d'après le traité, le droit d'opter dans l'année pour la nationalité sarde; ils ont, d'après le décret, le droit d'opter pour la nationalité française. D'après le décret, le délai ne court pour les mineurs que du jour de leur majorité; d'après le traité, ne devait-il pas en être de même?

Si jamais l'analogie peut conduire à une conclusion juste, il faut conclure que le délai ne doit pas mieux courir contre le mineur d'après le traité, qu'il ne court contre eux d'après le décret.

Ainsi, en interrogeant le texte du traité, les documents contemporains, l'esprit qui les a dictés, il résulte clairement pour nous que les deux gouvernements ont voulu, avant tout, ne pas imposer la nationalité française; ce serait l'imposer aux mineurs s'ils n'avaient pas le droit d'opter après leur majorité, car pendant leur minorité ils sont incapables de faire cette option; le délai doit être suspendu pendant la durée de cette incapacité conformément aux principes généraux.

Nos conclusions trouvent un nouvel appui dans l'esprit général des lois françaises et des lois sardes.

C'est ainsi que l'article 9 du Code Napoléon accorde à l'enfant né en France d'un étranger, le droit de réclamer la qualité de Français dans l'année qui suit sa majorité. Un droit de la même nature dérive de l'article 10, pour l'enfant né en pays étranger d'un Français qui a perdu la qualité de Français. L'article 20 du Code civil sarde contient une disposition analogue.

La loi du 7 février 1851 donne la qualité de Français à tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, il ne réclame la qualité d'étranger. Voilà, comme dans le traité du 24 mars 1860, la qualité de Français subordonnée à l'éventualité d'une option pour une nationalité étrangère; et cette option, pour le mineur, devra avoir lieu dans l'année de la majorité. — L'article 2 de la même loi, admettant le principe que la naturalisation du père n'entraîne pas celle des enfants, concède à ceux-ci le privilège de réclamer la qualité de Français dans l'année de la naturalisation, et il dispose que, pour les mineurs, le délai ne courra que du jour de leur majorité.

Dans ces dispositions diverses nous trouvons l'application des principes généraux sur la minorité à la matière spéciale du changement de nationalité.

A-t-on voulu se départir de ces principes dans le traité? L'a-t-on voulu en vue d'abrégé la période de transition, considération bien inférieure aux autres intérêts qu'il s'agissait de sauvegarder? Nous n'osons le croire, et si telle eût été l'intention des gouvernements, ils l'auraient exprimée sans

équivoque. Ils ont reconnu le droit d'option *aux sujets sardes*, les mineurs ne sont pas exclus du bénéfice, et le délai, ne pouvant leur profiter pendant la minorité, il doit courir seulement du jour de la majorité.

Ainsi disparaît pour nous ce premier système qui ne s'est produit d'ailleurs qu'à l'état d'argument. La Cour de Chambéry en a adopté un autre qui nous plaît beaucoup moins, parce que nous ne saurions admettre la conséquence logique de celui qu'elle a embrassé, conséquence qui conduit à dire que le père, par son option, aurait pu enlever à son enfant le droit d'être Français. D'après la Cour, en effet, l'enfant suit la condition de son père, et c'est pour cela que le traité ne dit rien des mineurs et ne devait rien en dire. Il en résulte infailliblement que si le père a opté pour la nationalité sarde, ses enfants seront Sardes, voulussent-ils être Français.

Cette conséquence nous paraît impossible, et nous démontre *a priori* le vice du raisonnement. Aux effets nous apprécions la cause.

Ce système sera bien plus contraire aux intérêts français que le nôtre ; car il y a eu plus de parents qui ont opté pour la nationalité sarde, qu'il n'y aura jamais d'enfants qui opteront pour cette nationalité, quand leurs parents ont conservé la nationalité française, et nous ne serons pas surpris de voir un jour M. le Préfet répudier les principes de la Cour.

Abordons ce système. Il s'appuie sur ce principe que l'enfant suit la condition de son père, et sur la jurisprudence qui l'aurait appliqué aux habitants des provinces séparées de la France en 1814.

Le principe est mal à propos invoqué ; la jurisprudence nous est favorable. Prouvons.

L'enfant suit la condition de son père : cela est vrai, en ce sens que la nationalité dont jouit son père, au moment de la conception selon les uns, de la naissance, selon les autres, s'imprime à lui. Mais c'est là un fait indépendant de la volonté du père.

Cette nationalité d'origine changera-t-elle au gré du père, toutes les fois qu'il lui plaira de changer de nationalité lui-même ? M. Duvergier l'a soutenu avec talent (Sirey, 32, 2, 641) ; c'est l'opinion de Fœlix (Éd. Demangeat, t. 1, p. 94).

Mais cette opinion a trouvé des adversaires redoutables dans MM. Valette, Duranton, Demante, Demolombe, Zachariæ et ses annotateurs MM. Aubry et Rau, Demangeat, dont la doctrine est consacrée par la loi du 7 février 1851, qui décide que la naturalisation du père n'entraîne pas celle des enfants.

Le motif en est que, si chacun, généralement (sauf en Angleterre), est libre de changer de nationalité, cette abdication de la patrie doit être personnelle. La nationalité d'origine s'impose à l'enfant, mais en dehors de toute volonté de son père. De ce que cette nationalité est celle du père, il serait illogique d'en induire qu'elle est conférée par lui et qu'elle dépend de sa volonté. Elle est donnée par la loi, qui la déduit d'un fait, et elle ne peut être perdue que par l'effet de la loi, ou par la volonté propre de celui qui en est investi.

Ce qui est vrai, pour la naturalisation, ne l'est-il pas pour l'option de nationalité laissée aux habitants d'un pays réuni? Quand le père français veut se faire naturaliser étranger, quand l'étranger se fait naturaliser Français, il n'entraîne pas avec lui ses enfants, parce qu'il ne peut disposer que de sa nationalité propre. Quand, Sarde, devenu Français par la réunion de la Savoie à la France, il opte pour la nationalité sarde, il peut bien perdre pour lui la qualité de Français, et même être réputé n'en avoir jamais été investi; mais sa volonté ne doit avoir d'action que sur sa nationalité personnelle, et non sur celle de ses enfants, qui reste sous l'empire des effets produits par la réunion de la Savoie à la France. — De même, par sa volonté, il n'opte pas pour la nationalité sarde, il devient Français. L'action de cette volonté ne doit pas s'étendre au delà de sa personne, et enchaîner la volonté des enfants qui ont le droit de rester Sardes.

En un mot, qu'il s'agisse de naturalisation ou d'option de nationalité, les motifs, selon nous, les plus identiques font décider que la nationalité des enfants n'est pas enchaînée à celle du père. Le traité, sans doute, aurait pu décider le contraire, mais il ne l'a pas fait, et son silence rend nécessaire l'application des principes généraux.

Dira-t-on qu'en cas d'option du père pour la nationalité sarde, les enfants seront Sardes, non point à cause de cette option de leur père, mais par suite de la nationalité d'origine que la naissance leur a imprimée; qu'en cas de non-option pour la

nationalité sarde, ils seront Français, non point à cause de la non-option de leur père pour une autre nationalité, mais par suite de la réunion à la France du territoire où ils sont nés ?

Ce raisonnement nous paraîtrait souverainement illogique. On ferait fonctionner deux causes, la première dans un cas, dans l'autre la seconde. Si le père a opté pour la nationalité sarde, on invoquerait le principe du domicile d'origine, s'il n'avait pas opté, celui de la naturalisation par réunion du territoire. — Mais n'est-ce pas la volonté du père qui déterminerait l'application tantôt d'un principe, tantôt de l'autre ? N'est-ce pas dire que de cette volonté dépendrait la nationalité des enfants, ce qui est inadmissible, parce que la nationalité est au-dessus de la volonté des tiers, celle des enfants au-dessus de la volonté de leur père ?

S'il faut appliquer aux mineurs la nationalité d'origine, ils resteront Sardes, quelle que soit l'option de leur père; s'il faut leur appliquer la nationalité conférée par l'annexion, ils seront Français, leur père opterait-il pour la nationalité sarde, parce que, de même que pour la naturalisation, et par identité de motifs, la volonté du père doit rester sans influence sur une nationalité qui ne dépend et n'a jamais dépendu de lui.

En réalité, la réunion du territoire a effacé la nationalité d'origine, elle a rendu individuellement Français chacun des sujets sardes, majeurs ou mineurs. Une faculté toute individuelle leur est laissée pour conserver la nationalité sarde, et l'option du père pour cette nationalité ne peut faire que la réunion de territoire soit censée ne pas exister à l'égard de ses enfants, comme sa non-option ne peut les priver du bénéfice accordé à tous sans distinction. De cette partie de la discussion il résulte que ce principe : *l'enfant suit la condition de son père*, ne signifie pas que le mineur a toujours la nationalité de son père, mais que l'enfant, en naissant, prend la nationalité dont son père jouit à ce moment.

Ainsi disparaît le premier argument de l'arrêt dont nous combattons la doctrine.

Examinons maintenant la jurisprudence sur l'ordonnance de 1814.

La France avait conquis des provinces qu'elle avait réunies à son territoire; en 1814 ces provinces lui furent enlevées, Une ordonnance du 14 octobre 1814, que MM. Valette et De-

molombe trouvent rigoureuse, et d'autres auteurs favorable, porte dans son article 1^{er} : « Tous les habitants des départements qui avaient été réunis à la France depuis 1791, et qui, en vertu de cette réunion, se sont établis sur le territoire actuel de la France, et y ont résidé sans interruption pendant dix ans et depuis l'âge de vingt-un ans, sont censés avoir fait la déclaration exigée par la loi du 22 frimaire an VIII, à charge par eux de déclarer, *dans le délai de trois mois à dater de la publication des présentes* qu'ils persistent dans la volonté de se fixer en France... » Les articles 2 et 3 sont relatifs à ceux qui avaient moins de dix ans de résidence sur le territoire actuel de la France, et à ceux nés et encore domiciliés dans les territoires séparés.

Remarquons que les habitants des provinces séparées, domiciliés en France, sont réputés étrangers par l'ordonnance, comme le traité du 24 mars 1860 répute Français les sujets Sardes originaires des pays annexés, ou domiciliés dans ce pays. — Les premiers peuvent devenir Français en faisant une déclaration dans un délai fixe à dater de la publication de l'ordonnance, comme les seconds peuvent conserver la nationalité sarde en faisant une déclaration dans un délai qui doit courir de la ratification du traité. — Enfin, dans l'ordonnance de 1814, comme dans le traité de 1860 le texte est général, il ne distingue pas entre les majeurs et les mineurs, il est muet sur ce point.

L'analogie est donc assez grande; mais il y a aussi une différence importante, c'est qu'en 1814 des territoires étaient séparés de la France, après y avoir été réunis par la conquête; en 1860 les territoires sont annexés par un traité.

Plusieurs questions ont surgi de l'ordonnance de 1814; trois d'entre elles appellent notre attention.

Sur la première, on a décidé que le délai de trois mois n'était pas comminatoire; — et il était formulé comme dans le traité de 1860.

Sur la seconde, une jurisprudence controversée a décidé qu'en l'absence de toute déclaration, soit de la part des parents, soit de la part des enfants, ceux-ci étaient étrangers comme leurs parents.

Sur la troisième, la jurisprudence a reconnu que les mineurs avaient, ainsi que les majeurs, le droit de profiter du béné-

fiée de l'ordonnance, et que, le délai ne pouvant courir contre eux pendant la minorité, ils avaient pu faire leur déclaration dans les trois mois de la majorité.

Or, n'est-ce pas dans ces derniers termes que nous avons résolu la question analogue née du traité de 1860?

Quelques détails.

Le délai fixé par l'ordonnance de 1814 en des termes identiques à ceux employés par le traité de 1860 a été considéré comme purement comminatoire. La preuve en résulte de la déclaration du ministre à la chambre des députés (*Moniteur* du 11 janvier 1835). Une loi du 3 décembre 1849 a dû abroger l'ordonnance de 1814 pour en faire cesser les effets. — Doit-on appliquer au traité de 1860 la même interprétation? Nous ne le pensons pas, le traité est synallagmatique; l'ordonnance était une faveur accordée spontanément par la France aux étrangers. — Mais cette interprétation de l'ordonnance de 1814 prouve qu'il ne faut pas s'attacher judaïquement au texte pour en conclure que le délai est fatal même pour les mineurs.

La deuxième question suscitée par l'ordonnance était de savoir si le père n'ayant pas rempli les conditions exigées pour obtenir la qualité de Français, ses enfants mineurs, qui n'avaient pas eux-mêmes accompli ces conditions, étaient comme lui étrangers, quoique nés en France à une époque où leur père était Français. — La question était grave; elle divisa les esprits, elle les divise encore.

M. Demolombe (t. I, n° 178) appelle exorbitante la jurisprudence qui déclare les enfants étrangers. La Cour de Douai, 28 mars 1831 (Sirey, 31, 2, 223), émit cette doctrine que l'enfant n'avait pu perdre le droit d'être Français par le fait de son père. La Cour de Nancy, 29 novembre 1849 (*J. du Pal.*, 50, 2, 53), a suivi cette opinion que la jurisprudence la plus considérable a au contraire condamnée : Lyon, 2 août 1827 (Dall., 28, 2, 56); Grenoble, 18 février 1831 (*J. du Pal.*, chr.; Sir., 33, 2, 527; Dall., 34, 5, 54); Cour de cassation, 16 juillet 1834 (*J. du Pal.*, chr.; Sir., 34, 1, 700; Dalloz, 34, 1, 305); 1^{er} août 1836 (*J. du Pal.*, 37, 2, 6; Sir., 36, 1, 859; Dalloz, 37, 1, 118); 9 juillet 1844 (*J. du Pal.*, 44, 2, 353; Sir., 44, 1, 775; Dall., 44, 1, 307); 7 mai 1849 (*J. du Pal.*, 49, 2, 71; Sir., 49, 1, 580; Dall., 49, 1, 132); Paris, 23 novembre 1847 (*J. du Pal.*, 48, 1, 90); Douai, 17 janvier 1848 (*J. du Pal.*, 48, 1,

142; Sir., 48, 2, 433; Dall., 48, 2, 164); Aix, 25 juillet 1853 (*J. du Pal.*, 54, 2, 605); Douai, 18 décembre 1854 (*J. du Pal.*, 54, 2, 605).

Devant la Cour de Chambéry, cette jurisprudence a été opposée à la thèse que nous soutenons; on a puisé çà et là dans quelques motifs ce principe que l'enfant doit suivre la condition de son père, et on l'a généralisé. Nous avons déjà dit comment ce principe devait être entendu; il a été détourné de son véritable sens dans quelques-uns de ces arrêts.

Mais le motif qui a entraîné la jurisprudence condamnée par M. Demolombe est bien différent. M. Lasagni l'a formulé en deux adages romains dans l'arrêt de 1834 : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*, et : *Etiam ea quæ rectè constituerunt resolvi putant, quum in eum casum recederunt à quo non potuissent constituere*. Nous résumerons ainsi les moyens, dont on pourra lire les développements dans l'arrêt : — La réunion avait rendu Français les habitants des pays réunis; la séparation a détruit tous les effets de la réunion qui est censée n'avoir pas existé pour tout ce qui, comme l'état des personnes, a un trait successif. — Sans doute les enfants nés en France, quand leur père était Français, seraient Français si la séparation des territoires n'avait pas fait disparaître la qualité de Français, même dans le passé, soit chez leur père, soit chez eux, en qui s'était imprimée la nationalité de leur père au moment de leur naissance; elle a disparu absolument comme si la réunion n'avait jamais eu lieu, comme si leur père n'avait pas eu la qualité de Français au moment de leur naissance, la séparation ayant fait revivre le passé et effacé le temps intermédiaire. — En d'autres termes, les pays réunis, puis séparés, sont censés n'avoir jamais été réunis à la France, et les habitants ont le même état que s'il n'y avait jamais eu ni réunion ni séparation de territoires, car la séparation, en 1814, avait eu pour but de rétablir les choses dans l'état où elles étaient auparavant, en effaçant, répétons-le, le temps intermédiaire.

Cette argumentation est-elle fondée? Non, répondent MM. Vallette et Demolombe; oui, disent MM. Aubry et Rau. Nous n'avons pas, nous, à la discuter; mais elle prouve qu'applicable à la séparation d'un territoire précédemment réuni, séparation intervenue dans les circonstances politiques qui se présentaient

en 1814, elle ne peut l'être au cas de réunion d'un territoire par un traité de cession. — Entre ces deux cas il n'y a aucune analogie possible.

Dans les arrêts sur l'ordonnance de 1814, on disait que les enfants devaient suivre la condition de leur père; mais cela ne signifiait pas que leur nationalité changeait avec la nationalité de leur père; cela signifiait qu'ils devaient avoir la nationalité dont leur père jouissait, au moment de leur naissance; et s'ils étaient réputés étrangers, c'est que leur père, malgré la réunion des territoires et par suite de leur séparation, était considéré comme n'ayant jamais eu la qualité de Français, comme ne l'ayant pas eue au moment de la naissance de ses enfants.

Si la jurisprudence refusait la qualité de Français aux enfants dont les pères n'avaient pas rempli les formalités de l'ordonnance, et qui eux-mêmes ne s'y étaient pas soumis, elle disait en même temps (lisez le rapport de M. Lasagni) que le fait ou le non-fait du père ne pouvait modifier la nationalité de l'enfant, et elle décidait unanimement que le mineur, dans le délai de trois mois après sa majorité, avait le droit de réclamer la qualité de Français en se soumettant aux conditions prescrites : V. les arrêts de Lyon, 2 août 1827; Douai, 16 novembre 1829; Cour de cassation, 16 juillet 1834, l'arrêt très-formel de cette Cour, du 1^{er} août 1836 (*J. du Pal.*, 36, 2, 270; Sirey, 36, 1, 860; Dall., 36, 1, 355), et celui du 9 juillet 1844; Douai, 17 janvier 1848, et Cour de cassation, 7 mai 1849. — MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, 3^e édition, t. I, p. 234, § 72, note 25, attaquent cette jurisprudence comme M. Coin-Delisle. Mais M. Dalloz, *Répert.*, v^o *Droits civils*, n^o 114, la défend; les attaques elles-mêmes prouvent que cette jurisprudence existe.

Or n'est-ce pas précisément la question qui s'est présentée devant la Cour de Chambéry? Ne s'agit-il pas de savoir, comme sous l'ordonnance de 1814, si les mineurs n'ayant pas été exclus du bénéfice accordé par le traité, ils ne peuvent pas l'exercer, si le délai n'est pas suspendu pendant la durée de leur incapacité, pour ne courir que du jour de la majorité?

C'est la même question; sous l'ordonnance de 1814 on décidait que le délai était suspendu pendant la minorité; pour le traité de 1860, les mêmes motifs ne doivent-ils pas être invoqués, la même décision ne doit-elle pas être rendue?

Quant aux objections de MM. Aubry et Rau, déjà nous les avons réfutées.

1° Le délai est fatal pour tous, disent-ils, puisque la loi n'a pas parlé des mineurs.

C'est parce que le traité ne dit rien des mineurs que les principes généraux sur leur capacité doivent être appliqués.

2° La nationalité des enfants se détermine d'après celle de leur père.

La nationalité des enfants, répondons-nous, ne se détermine d'après celle du père qu'à leur naissance; après, elle en est toujours indépendante. La réunion des territoires a rendu les pères et leurs enfants Français, mais individuellement. Ils peuvent éviter les effets légaux de cette réunion en remplissant certaines formalités, mais l'un ne peut les remplir pour l'autre; comme aussi le père, en ne les remplissant pas, n'a pas la puissance de priver ses enfants du droit qui leur est attribué.

La jurisprudence sur l'ordonnance de 1814 n'est donc pas contraire à notre interprétation du traité de 1860; elle la confirme; et cette interprétation se base sur les textes, sur l'esprit qui les a dictés, sur les principes généraux du droit.

En terminant, nous souhaitons encore que la difficulté soit résolue par une convention diplomatique.

Une autre question s'est présentée devant la Cour de Chambéry; il faut en dire un mot. Non-seulement les jeunes gens appelés à la conscription en France avaient opté pour la nationalité sarde, mais encore deux d'entre eux servaient dans l'armée italienne. Or aux termes de l'article 21 du Code Napoléon, le service dans une armée étrangère, sans l'autorisation du gouvernement, entraîne la perte de la nationalité française. La jurisprudence n'applique pas l'article 21 avec une inflexible rigueur: elle décide que l'engagement dans une armée étrangère ne fait perdre la qualité de Français que s'il a été contracté avec l'intention d'adopter une nouvelle nationalité; notamment que le mineur ne pouvant changer de nationalité, l'article 21 n'est pas applicable au mineur qui s'est engagé à l'étranger: Metz, 25 avril et 10 juillet 1849 (*J. du Pal.*, 50, 1, 550; 49, 2, 512 et la note; Sirey, 49, 2, 310; 50, 2, 275; Dalloz, 49, 2, 120; 52, 2, 71); et des décisions de la Chambre des députés, 12 janvier 1844 (Dalloz, 46, 3, 103); 29 mai 1847 (Dalloz, 47,

3, 194); Demolombe, t. I, n° 185; Aubry et Rau sur Zachariæ, 3^e édit., t. I, p. 240, § 74, note 10. La Cour de Metz a spécialement décidé, dans son arrêt du 26 avril 1849, que l'article 21 n'est pas applicable quand l'engagement a eu lieu dans l'armée d'un pays avec qui la France est en bonnes relations, et à qui le gouvernement envoie des officiers; la Cour suprême, 2 février 1847 (*J. du Pal.*, 47, 2, 418; *Sir.*, 47, 1, 582; *Dall.*, 47, 1, 280), a déclaré que les tribunaux sont appréciateurs souverains des circonstances, et qu'ils avaient pu considérer comme n'entraînant pas la perte de la qualité de Français le concours donné à un prétendant, dom Miguel en Portugal.

Cette jurisprudence sur laquelle l'attention de la presse a été appelée récemment, relativement aux jeunes gens qui se sont engagés sous le drapeau du pape que nos armées défendent à Rome, ne saurait être invoquée contre les Savoisiens et les Niçois, qui se sont incorporés à l'armée italienne après 21 ans, ou qui y sont restés incorporés après cet âge, avec l'intention d'opter pour la nationalité italienne, non point d'abdiquer, mais de refuser la nationalité française. Si à l'intention non équivoque ils joignent la capacité que la majorité seule peut leur donner pour changer de nationalité, ils ne sont pas Français, l'article 21 du Code Napoléon doit être appliqué.

La Cour de Chambéry a pensé que l'article 21 édicte une pénalité, mais ne permet pas de changer à son gré de nationalité en s'engageant dans une armée étrangère. Nous croyons que c'est là une erreur.

Il n'y a que l'Angleterre qui tienne ses sujets enchaînés à leur nationalité; en droit public général, il est de principe que tout homme peut abdiquer sa patrie. Les portes d'Athènes sont ouvertes à qui ne s'y plaît pas, dit Socrate dans le Criton. La France, comme Athènes, n'a nul besoin de retenir ses citoyens; la qualité de Français est trop recherchée pour qu'il soit nécessaire de l'imposer comme une servitude à ceux qui la possèdent. On a le droit d'abdiquer sa nationalité; et cette abdication a lieu par la naturalisation en pays étranger, l'établissement sans esprit de retour hors de France, l'acceptation de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, enfin l'engagement dans une armée étrangère. Une peine est attachée à ce dernier mode d'abdication; elle consiste à rendre plus difficile le retour de celui qui s'est exposé à porter les armes contre

sa patrie. Mais l'engagement dans une armée étrangère emporte la perte de la qualité de Français; la nationalité étant perdue, rien ne subsiste, ni les droits qu'elle confère, ni les obligations qu'elle impose. D'ailleurs, le service militaire, s'il est une dette, n'est-il pas aussi un droit?

L. A. EYSSAUTIER.

DÉTENTION PRÉVENTIVE¹.

MANDATS JUDICIAIRES. — ORDONNANCES DE PRISE DE CORPS.

Par M. Georges REYNAUD, docteur en droit,
substitut du procureur impérial près le tribunal de Tarbes.

PREMIER ARTICLE.

I. — Introduction.

« La détention préalable, dit M. Faustin Hélie, est tout à la fois une mesure de sûreté, une garantie de l'exécution de la peine et un moyen d'instruction. » (V. F. H., t. V, p. 748.)

Cette définition si complète semble la justifier à elle seule. Nous n'avons du reste pas besoin d'insister sur la nécessité ni même sur la légitimité de la détention préventive; personne n'en a jamais sérieusement demandé l'entière suppression. Le droit est concédé, mais son exercice soulève les plus grandes controverses.

Nous ne nous proposons pas ici de suivre sur le terrain dangereux de la théorie de hardis novateurs, ni de rechercher chez des peuples voisins quels usages pourraient être importés dans notre législation. Notre ambition ne s'étend pas si loin; nous ne nous proposons qu'une étude essentiellement pratique, mais qui peut n'être pas sans utilité. — Nous voulons rechercher comment le législateur a concilié les droits en apparence si contraires de l'homme et de la société, dans quelles mains il a placé le pouvoir redoutable de priver, avant tout

¹ Travail lu à la conférence des attachés.

jugement, l'homme de sa liberté, quelles règles protectrices en accompagnent et en limitent l'exercice, et enfin comment les abus en sont prévus et réprimés.

Cette étude serait profitable alors qu'elle n'aurait d'autre but que de nous servir à nous rendre compte de ce qui est, et de nous permettre ensuite de parler avec plus de sûreté de ce qui pourrait être; mais elle doit nous offrir un intérêt plus grand encore, nous entretenant de questions importantes, peu connues à l'école, et que nous aurons tous à traiter tôt ou tard dans notre carrière de magistrat. Cette direction nous est d'ailleurs tracée par l'honorable avocat général qui veut bien nous sacrifier quelques heures des rares loisirs que lui laissent ses travaux et dont l'intelligente et généreuse instruction promet de si heureux résultats.

Avant d'entrer dans l'examen approfondi des dispositions de notre Code d'instruction criminelle, il nous est nécessaire de jeter un rapide coup d'œil sur le passé; nous serons aussi bref que possible, et cette étude historique nous servira d'ailleurs à résoudre quelques questions qui se présenteront dans la suite. — A Rome, le principe longtemps reconnu fut que l'accusé demeurait en liberté jusqu'au jugement; puis on admit, quand le crime était un de ceux qui devaient être jugés « in judiciis publicis, » que l'accusé serait détenu préventivement, s'il avouait le crime, ou si, le déniait, il ne pouvait fournir caution; plus tard enfin, dans les accusations les plus graves, la détention préalable fut obligatoire.

En France sous les deux premières races, et même jusqu'à l'ordonnance de 1539, il résulte des textes que l'arrestation de l'accusé était permise au cas de flagrant délit. Au XIII^e siècle, Beaumanoir constate ainsi le droit d'arrestation: « C'est li communs porfis que cascuns soit sergans et ait pooir de penre et d'arrester les malfeteurs » (Beaumanoir, XXXI, 14).

Il est à remarquer, du reste, qu'à cette époque, aucune information ne précédant le jugement des affaires criminelles, on comprendrait difficilement une arrestation à un moment autre que celui, où le délit étant flagrant, la partie lésée ou toute autre personne en appréhende et saisit l'auteur.

L'ordonnance de 1539 maintenue et confirmée en grande partie par celle de 1670, établit en France une nouvelle procédure criminelle dont l'origine remonte à la fin du XV^e siècle.

La justice royale a absorbé presque complètement celle des seigneurs, et les juridictions ecclésiastiques elles-mêmes ont vu leur compétence se restreindre successivement; les formes de l'accusation publique n'existent plus, la partie privée ne conserve que le droit de dénonciation et le droit de plainte, si elle est personnellement lésée. C'est au nom du roi et par ses avocats que les crimes sont poursuivis et réprimés. Une procédure compliquée et secrète remplace les débats publics de l'audience; le juge, chargé de l'instruction de l'affaire, en assume en quelque sorte toute la responsabilité; il interroge les témoins et les accusés, les confronte, procède à un supplément d'information s'il est ordonné, mais, cela fait, on peut dire que le procès est jugé, car les juges ne sont pas libres de leur sentence. La loi a tracé à l'avance, quelles preuves doivent être admises, quelles autres doivent être rejetées, et la condamnation n'est que le résultat d'une opération presque mathématique.

Cette nouvelle phase de la législation criminelle qui devait subsister jusqu'à la révolution française, pour s'écrouler avec toutes les institutions de l'ancien régime, a laissé des souvenirs à bon droit détestables.

Le secret qui était observé sur toute la procédure, les moyens odieux employés pour obtenir des aveux, ont laissé dans l'esprit public des traces ineffaçables. Cependant, il faut reconnaître qu'un grand pas était fait dans la voie qui devait amener le juge à la découverte et à la répression des crimes. — L'information préalable, jusqu'alors inconnue et d'ailleurs impraticable, était créée; malheureusement, on n'avait pas su distinguer les règles qui doivent présider à l'instruction des affaires criminelles de celles qui doivent régler le jugement de ces mêmes affaires. Cette distinction est l'œuvre des législateurs qui se sont succédé depuis 1789, et constitue le caractère particulier de notre Code de 1808 qui, tout en conservant le principe de l'instruction de l'affaire, faite par le juge dans son cabinet, a posé cet autre principe de la publicité des débats et du jugement.

La création d'un magistrat instructeur, amenant des nécessités nouvelles qui sont encore les mêmes aujourd'hui, devait modifier la condition des accusés. Nous devons trouver, et nous trouverons effectivement dès cette époque, l'origine de

ces mandats, ou ordres du juge, qui font l'objet de cette étude.

Une fois que le juge avait entendu les témoins qui devaient déposer sur l'affaire dont il était saisi, il communiquait les pièces aux gens du roi qui, dans les trois jours, donnaient leurs conclusions. Ces conclusions tendaient : soit à ce que nous appellerions aujourd'hui une ordonnance de non-lieu, soit au renvoi devant le tribunal si la peine encourue ne pouvait être que pécuniaire, soit enfin à la délivrance d'un décret. — Les décrets étaient décernés par le juge, selon la qualité des crimes, des preuves et des personnes (ordonn. 1670, tit. 10); ils étaient de trois sortes : Le décret de l'assigné pour être ouï, employé soit à l'égard des délits de peu d'importance, soit même à l'égard des crimes graves lorsque les preuves manquaient, soit enfin lorsque les accusés occupaient un certain rang dans la société; ce n'était qu'une simple assignation à comparaître devant le juge, assignation convertie en décret d'ajournement personnel au cas de non-comparution (ordonn. 1670, tit. 10, art. 3).

Le décret d'ajournement personnel était un moyen terme entre le décret d'assigné pour être ouï, et celui de prise de corps dont nous parlerons tout à l'heure. Il devait faire mention de l'accusation, et tout en laissant à l'accusé sa liberté, il le frappait de certaines incapacités. Il se convertissait en décret de prise de corps lorsqu'il n'était pas satisfait à ses prescriptions (ordonn. 1670, tit. 10, art. 10 et 11).

Enfin le décret de prise de corps privait de la liberté celui contre qui il était décerné. Jousse s'explique ainsi à ce sujet : « Pour pouvoir décréter de prise de corps un accusé, il faut « non-seulement que le crime qu'on instruit mérite une peine « afflictive ou infamante, mais il faut encore que la preuve soit « suffisante pour rendre un pareil décret. Le juge doit en cela « avoir égard à la qualité de l'accusé, il doit se conduire diffé- « remment à l'égard d'une personne distinguée ou élevée en « dignité, qu'à l'égard d'une personne vile ou du commun, « il faut des indices plus considérables pour arrêter les pre- « mières que pour arrêter les autres, quoique pour une même « espèce de crime : quand le crime est capital, on doit toujours « décréter de prise de corps s'il y a des indices suffisants con- « tre l'accusé sans avoir égard ni à la qualité, ni au sexe, ni « au domicile de l'accusé; mais à l'égard des domiciliés ils

« ils ne doivent jamais être décrétés de prise de corps, si ce n'est pour crimes graves; pour les crimes légers, tels que pour les risées et les simples batteries, il n'y a jamais lieu au décret de prise de corps. » (V. F. H., t. V, p. 735 et suiv.)

Tous ces décrets avaient des caractères communs, ils étaient susceptibles d'appel sans que néanmoins cet appel en suspendit l'exécution (ordonn. de 1670, t. X, art. 12); ils ne pouvaient être rendus que sur le vu des charges et informations (ordonn. 1670, t. X, art. 2) et sur les conclusions de la partie publique (ordonn. 1670, t. X, art. 1); des exceptions à ces règles existaient au cas de flagrant délit (ordonn. 1670, t. X, art. 5, 9, V. F. H., t. 1, p. 623 et suiv.).

Telle était, sur le point qui nous occupe, au moment où éclata la révolution de 1789, notre législation criminelle.

L'assemblée constituante, après avoir aboli toutes les juridictions qu'elle rencontra, dut constituer un nouvel ordre judiciaire. Nous n'avons pas le dessein de retracer ici l'histoire de cette nouvelle organisation, il nous suffit seulement de constater que, malgré l'esprit de réaction qui régnait alors, l'information préliminaire fut maintenue; elle était confiée par la loi des 16-29 septembre 1791 au juge de paix du lieu de délit et au magistrat directeur du jury.

Nous ne saurions mieux faire comprendre quel était, sous l'empire des lois de 1791, du Code de brumaire an IV et de la loi du 7 pluviôse an IX, l'état des accusés qu'en reproduisant des textes de ces différentes lois en ce qui concerne la détention préalable ou la liberté provisoire.

Nous puisons ces différents textes dans le tome V du *Traité d'instruction criminelle* de M. Faustin Hélie; ce n'est pas le premier emprunt que nous faisons au savant ouvrage de cet éminent magistrat, et souvent dans la suite de cette étude nous invoquerons son autorité.

« La loi des 19-22 juillet 1791 porte, titre 1, art. 33 : « Tout juge de paix sera compétent pour prononcer, soit la liberté des personnes amenées, soit le renvoi à la police municipale, soit le mandat d'amener, soit enfin le mandat d'arrêt tant en matière de police correctionnelle qu'en matière criminelle. » L'article 43 du titre 2 ajoute : « Dans le cas où un prévenu surpris en flagrant délit serait amené devant le juge de paix, le juge, après l'avoir interrogé, après avoir entendu

« les témoins, s'il y a lieu, dressé procès-verbal sommaire, le renverra en liberté, s'il le trouve innocent, donnera le mandat d'arrêt, s'il est justement suspect d'un crime. »

Ces mandats sont ainsi définis par l'article 1^{er} du titre 2 de la loi des 16-29 septembre 1791 : « L'ordre d'un officier de police de sûreté pour faire comparaître les prévenus de crimes ou délits s'appellera mandat d'amener. » Et l'article 5 ajoute : « Si l'officier de police de sûreté devant qui l'inculpé est amené trouve, après l'avoir entendu, qu'il y a lieu de le poursuivre criminellement, il donnera ordre qu'il soit envoyé à la maison d'arrêt du tribunal du district; cet ordre s'appellera mandat d'arrêt. » Les articles 17, 18 et 19 déterminent les cas où le mandat d'arrêt doit être appliqué. Art. 17 : « Lorsque le prévenu ne donnera pas des éclaircissements suffisants pour détruire les inculpations, alors, si le délit est de nature à mériter peine afflictive, l'officier de police délivrera un mandat d'arrêt pour le faire conduire à la maison d'arrêt du district du lieu du délit. » — Art. 18 : « Si le délit est de nature à mériter une peine infamante, l'officier de police délivrera également un mandat d'arrêt contre le prévenu, à moins qu'il ne fournisse une caution suffisante de se présenter lorsqu'il en sera besoin, auquel cas il sera laissé à la garde de ses amis qui l'auront cautionné. » — Art. 19 : « Si le délit n'est pas de nature à mériter peine afflictive ou infamante, il ne pourra être donné de mandat d'arrêt contre le prévenu. »

Le Code du 3 brumaire an IV modifia ce premier système en créant un nouveau mandat, le mandat de comparution, et en autorisant la détention préalable de tous ceux qui étaient prévenus de délits pouvant entraîner un emprisonnement de plus de trois jours. Voici les textes : « Art. 56. Le juge de paix fait comparaître devant lui tout individu contre lequel il existe des preuves ou des présomptions de délit. — Art. 57. L'ordre qu'il donne à cet effet s'appelle mandat d'amener. — Art. 66. Si le prévenu détruit entièrement les inculpations qui ont déterminé à le faire comparaître, le juge de paix le met en liberté. — Art. 69. Lorsque le délit est de nature à n'être puni que d'une amende au-dessus de la valeur de trois journées de travail, il ordonne au prévenu de comparaître à jour fixe devant le directeur du jury. Cet ordre se nomme mandat de comparution. — Art. 70. Lorsque le délit

« est de nature à être puni, soit d'un emprisonnement de plus
 « de trois jours, soit d'une peine infamante ou afflictive, le juge
 « de paix délivre un ordre pour faire conduire le prévenu en la
 « maison d'arrêt. — Art. 222. Lorsque le délit qui a donné lieu
 « au mandat d'arrêt n'emporte pas une peine afflictive, mais
 « seulement une peine infamante ou moindre, le directeur du
 « jury met provisoirement le prévenu en liberté, si celui-ci le
 « demande et si, en outre, il donne caution solvable. »

Enfin la loi du 7 pluviôse an IX introduisit un nouveau mandat, le mandat de dépôt. Elle enlève au juge de paix le droit de décerner les mandats d'arrêt pour le conférer au magistrat directeur du jury ; mais l'article 64 du Code de brumaire an IV exigeait que le prévenu, conduit devant le juge de paix en vertu d'un mandat d'amener, fût interrogé immédiatement ou dans le jour au plus tard, pour être statué sur sa mise en liberté ou sa détention préalable. Ces prescriptions devenaient impossibles à remplir depuis que le directeur du jury seul devait procéder à l'interrogatoire et pouvait décerner le mandat d'arrêt ; il fallait cependant pouvoir détenir l'accusé jusqu'à cet interrogatoire ; le mandat de dépôt fut créé à cet effet ; il était délivré par un magistrat du ministère public et était essentiellement provisoire.

Loi du 7 pluviôse an IX : « Art. 5. Les juges de paix et les
 « officiers de gendarmerie sont autorisés, quand un délit em-
 « portant peine afflictive aura été commis et qu'il y aura des
 « indices suffisants contre le prévenu, à le faire conduire de-
 « vant le substitut du commissaire près le tribunal criminel.
 « — Art. 7. Le substitut décernera contre le prévenu un man-
 « dat de dépôt, sur l'exhibition duquel le prévenu sera reçu et
 « gardé dans la maison établie près le tribunal d'arrondisse-
 « ment ; il en avertira dans les vingt-quatre heures le directeur
 « du jury, lequel prendra communication de l'affaire et sera
 « tenu d'y procéder dans le plus court délai. »

Ainsi nous trouvons au moment de la promulgation de notre Code d'instruction criminelle quatre sortes de mandats : les mandats de comparution, d'amener et d'arrêt décernés par le juge, le mandat de dépôt décerné par le ministère public.

II. — Formes et effets des mandats et ordonnances de prise de corps.

Nous arrivons maintenant à des institutions si connues que nous serons sobre de développements.

La loi du 7 pluviôse an IX avait remis toute l'instruction des affaires entre les mains du magistrat directeur du jury, sauf certaines attributions extraordinaires des magistrats de sûreté; l'article 42 de la loi du 20 avril 1810 supprime les directeurs du jury et les magistrats de sûreté, et déclare que leurs fonctions seront remplies par le juge d'instruction et par le procureur impérial.

Chacun sait l'importance des fonctions du juge d'instruction; toutes les procédures criminelles, toutes les procédures correctionnelles qui présentent une certaine importance se font dans son cabinet.

Mais pour que le magistrat instructeur pût utilement remplir la tâche qui lui était imposée, le législateur de 1808 a dû, comme celui de 1670, lui donner le pouvoir de faire amener devant lui ceux dont il croirait le témoignage utile, et aussi de faire détenir avant tout jugement les prévenus qui rendraient cette mesure nécessaire, soit par la crainte qu'ils inspireraient dans les lieux où le crime avait été commis, soit par la pression qu'ils exerceraient sur les témoins, soit enfin parce qu'il y aurait lieu de craindre qu'ils ne cherchassent à éviter par la fuite un châtement mérité.

Le droit qu'a le juge d'instruction de faire comparaître devant lui les inculpés et de les mettre en état de détention, s'exerce par des ordonnances que la puissance publique fait exécuter et qui ont conservé le nom de mandats.

Notre Code d'instruction criminelle reconnaît quatre mandats dont les noms nous sont déjà connus : le mandat de comparution, qui n'est qu'une simple assignation à comparaître et n'emporte aucune contrainte; le mandat d'amener dont le but est le même, mais dont l'exécution est assurée par des mesures coercitives; enfin les mandats de dépôt et d'arrêt, qui tous deux, avec des différences que nous aurons à signaler, présentent ce même caractère qu'ils constituent en état de détention celui qui en est l'objet.

Les mandats doivent être revêtus de la signature et du sceau du magistrat qui les délivre (95-96 Code crim.); ils doivent énoncer aussi le nom et la qualité du magistrat; il faut encore qu'ils soient datés; c'est une règle générale que tous les actes d'une procédure portent la mention du jour où ils ont été faits, et son observation, quant à la matière spéciale qui nous occupe, est présumée par différents articles de notre Code d'instruction criminelle. Les conditions que nous venons d'énumérer constituent l'existence et l'authenticité des mandats et en assurent l'exécution.

Pour que cette exécution soit possible il faut nécessairement que le prévenu y soit « dénommé ou désigné. » Cette désignation doit être faite avec précision, afin d'éviter des erreurs dont les conséquences seraient déplorables. A cet effet le magistrat qui délivre le mandat devra y insérer toutes les indications propres à faciliter les recherches et à établir l'identité du prévenu; l'énonciation des nom, prénoms, âge et profession, lieu de naissance et domicile du prévenu peut quelquefois ne pas suffire, et son signalement, le plus souvent fourni par le plaignant, sera d'un précieux secours pour l'agent chargé de l'exécution du mandat.

Une circulaire ministérielle du 8 février 1850 recommande aussi l'indication des endroits où les prévenus peuvent se trouver, les noms et adresses des personnes avec lesquelles ils ont des relations et toutes les circonstances des faits qui peuvent servir à mettre sur la trace des individus recherchés (Gilles, circulaire).

Cependant aucune de ces énonciations n'est exigée à peine de nullité par la loi : « Ce qu'elle demande au magistrat instructeur, c'est de dénommer ou désigner le prévenu aussi clairement qu'il lui sera possible. » Par suite la Cour de cassation a jugé « qu'il résulte des articles 95, 96, 114 et 233, que les « mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt, les « ordonnances de prise de corps et les arrêts de mise en accusation ne doivent contenir les noms, signalement et domicile « des prévenus que lorsque l'instruction met à portée de les « connaître; que, dans le cas contraire, il suffit que les individus que ces actes concernent y soient désignés à l'aide des « documents que la justice est parvenue à recueillir, et que la « désignation soit faite le plus clairement qu'il sera possible. »

(Arrêt cassation, 29 nov. 1833; *J. P.*, t. XXV, p. 1003. — *V. F. H.*, t. V, p. 788.)

Cet arrêt se concilie parfaitement avec un arrêt antérieur, rapporté par M. Duverger, et qui, bien que rendu sous l'empire d'une autre législation, est sans doute encore vrai aujourd'hui. Si la loi ne détermine pas quelle doit être la désignation du prévenu, quels éléments elle doit renfermer, toujours est-il que le mandat doit porter une désignation telle que son exécution soit possible; aussi croyons-nous que la Cour de cassation annulerait aujourd'hui, comme elle le fit le 9 pluviôse an IV, une procédure instruite contre « des quidam auxquels il n'avait été donné d'autre qualification que celles de chasseurs, de hussards, de canonniers, désignation qui pouvait s'appliquer indifféremment à tous les militaires de ces différentes armes » (Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, n° 408).

Les mandats doivent être individuels, c'est-à-dire qu'il en faut un pour chacun des prévenus, alors même que, poursuivis pour un même fait, ils seraient impliqués dans une même procédure criminelle (Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, n° 396. — Ordonn. royale du 29 octobre 1820, art. 201. — Jurisprudence générale du 30 septembre 1826, p. 71).

Les mandats enfin sont exécutoires dans toute l'étendue de l'empire (98 C. instr. crim.).

Le mandat de comparution qui, nous l'avons déjà dit, n'est qu'une citation à comparaître devant le juge d'instruction, n'est pas précédé de la formule exécutoire; il doit fixer le jour, l'heure, le lieu où l'inculpé doit paraître devant le juge; énonciations nécessaires pour qu'il puisse être satisfait à la prescription de l'article 93 du Code d'instruction criminelle, qui veut que dans ce cas le juge procède immédiatement à l'interrogatoire.

La loi n'a pas fixé le délai qui devait être laissé au prévenu; ce point est laissé à l'appréciation du juge d'instruction. L'ordonnance de 1670 prescrivait pour les décrets d'assigné pour être ouï et d'ajournement personnel le délai des ajournements en matière civile (ordonn. de 1670, t. X, art. 3 et 4. — Duverger, *Manuel*, n° 400).

Le mandat d'amener « qui n'est plus seulement une citation, un ordre de comparaître, prescrit à tous huissiers ou agents de la force publique d'amener le prévenu devant le jury » (Faustin

Hélie, t. V, p. 788). Il n'est pas nécessaire que ce mandat contienne l'indication du jour, de l'heure où devra se faire l'interrogatoire, le magistrat instructeur ayant, pour y procéder, un délai de vingt-quatre heures (93 C. instr. crim.). Le juge ne doit jamais dépasser ce délai, concession faite à des nécessités pratiques; il doit chercher à l'abrégé, et interroger, aussitôt que cela lui est possible, le prévenu conduit devant lui en vertu d'un mandat d'amener. — L'empêchement occasionné par ses autres occupations judiciaires justifie seul le retard qu'il apporte à l'interrogatoire.

Le mandat de dépôt ordonne à l'huissier ou à l'agent de la force publique, qui en est porteur, de conduire le prévenu dans la maison d'arrêt établie près le tribunal correctionnel, et enjoint au gardien de cette maison de l'y recevoir et garder jusqu'à nouvel ordre (107 C. instr. crim.).

Ce mandat n'est expressément soumis qu'aux règles communes que nous avons exposées; nous verrons par la suite s'il y a lieu de l'assujettir à certaines prescriptions édictées pour le mandat d'arrêt avec lequel il présente une grande analogie.

Le mandat d'arrêt porte les mêmes injonctions que le mandat de dépôt, mais il doit, de plus, satisfaire aux trois conditions suivantes: Il faut 1° qu'il ait été précédé des conclusions du procureur impérial (94 C. instr. crim.); 2° qu'il énonce le fait pour lequel il est décerné; 3° qu'il cite la loi qui déclare que ce fait est un crime ou un délit (96 C. instr. crim.).

Ces dispositions de la loi sont-elles restrictives, applicables au seul mandat d'arrêt, ou doivent-elles au contraire être étendues à tous les mandats? — Aucun doute ne saurait s'élever sur la validité d'un mandat de comparution, d'amener ou de dépôt, qui serait précédé des conclusions du ministère public et énoncerait le fait pour lequel il est décerné, ainsi que l'article de la loi pénale qui prévoit et punit ce fait; mais peut-on, dans le silence de la loi, exiger l'accomplissement de ces formalités?

La combinaison des articles 61 et 94 du Code d'instruction criminelle lève toute difficulté quant à la nécessité des conclusions du ministère public; le premier de ces articles donne formellement au juge le droit de décerner des mandats de comparution, d'amener et de dépôt, sans que ces mandats soient précédés des conclusions du procureur impérial.

L'obligation de faire connaître les faits qui motivent la dé-

livrance du mandat semblerait plutôt devoir être généralisée. Cependant, au début d'une poursuite, alors que le juge ne délivre qu'un mandat de comparution ou d'amener, il serait souvent difficile, quelquefois imprudent, de qualifier le fait, l'objet de cette poursuite; aussi n'est-ce pas pour ces mandats, peu rigoureux dans leurs effets, mais bien pour le mandat de dépôt, que la question se présente avec toute sa gravité. Nous devons reconnaître que le législateur aurait pu, aurait même dû étendre à ce mandat les prescriptions qu'il édictait pour le mandat d'arrêt; que, dans la pratique, les juges d'instruction feront sagement, toutes les fois qu'ils délivreront un mandat de dépôt, d'énoncer le fait pour lequel ce mandat est délivré, ainsi que l'article de la loi qui le prévoit et le punit; mais nous ne pensons pas que l'accomplissement de cette formalité puisse être exigé à peine de nullité.

Lorsque le mandat de dépôt, emprunté à loi du 7 pluviôse an IX, qui l'avait institué pour obvier à certaines difficultés pratiques et offrant à cette époque ce caractère particulier, que, purement provisoire, il était décerné par le ministère public, passa dans notre Code d'instruction criminelle, il subit une profonde modification en entrant dans les attributions du juge d'instruction. Longtemps on avait discuté sur l'opportunité du maintien de ce mandat, et dans l'esprit des conseillers d'État, de ceux-là même qui lui étaient le plus favorables, il devait rester une mesure d'exception « pour le cas où l'on ne « pourrait mettre le prévenu en arrestation ou en liberté avec « une entière connaissance de cause. » (M. Treilhard. V. F. H., t. V, p. 782.) Mais ce caractère provisionnel, qui résulte de la discussion de la loi, et qui est sans doute la cause du silence gardé sur les formes de ce mandat, par là même sans grande importance aux yeux du législateur, ne fait l'objet d'aucune disposition précise.

Les mandats de dépôt et d'arrêt produisaient des effets à peu près identiques : tous deux procuraient l'arrestation et l'écrou du prévenu dans une maison d'arrêt, jusqu'à la loi du 4 avril 1855. La seule différence que l'on pût trouver dans leurs effets était dans l'article 4 de la loi du 5 septembre 1807. — La date du mandat d'arrêt fixait le rang du privilège du trésor public pour le recouvrement des frais de poursuite, à l'égard des hypothèques légales qui n'avaient été inscrites que postérieure-

ment à cette date : le mandat de dépôt était à cet égard sans influence aucune.

Cette différence était bien peu importante à côté des facilités que présentait au juge d'instruction la délivrance du mandat de dépôt : il s'affranchissait ainsi de l'obligation de prendre les conclusions du ministère public, et aussi, cela n'a jamais fait difficulté dans la pratique, de la nécessité de qualifier le fait, cause de la poursuite. — Le mandat d'arrêt tomba tout à fait en désuétude, et ne fut plus délivré que contre les inculpés qui s'étaient soustraits par la fuite à l'exécution du mandat d'amener. — Peut-être aussi, comme le fait remarquer M. Massabiau, les noms mêmes des deux mandats ont-ils contribué à amener la distinction dont nous parlons : il a pu paraître inutile de délivrer un mandat d'arrêt lorsque l'inculpé était présent; il n'y avait pas lieu de l'*arrêter*, mais bien de le faire *déposer* et déténir en sûreté, et un mandat de dépôt suffisait pour cela (Massabiau, *Manuel*, 2, p. 258). — Enfin ajoutons un dernier motif indiqué par M. Faustin Hélie, et qui se rapporte à l'économie des frais de justice. — L'article 71, §§ 5 et 6, du décret du 18 juin 1811 a établi des salaires distincts plus élevés pour l'exécution d'un mandat d'arrêt que pour celle d'un mandat de dépôt. — Le rédacteur du décret n'a-t-il pas, lui aussi, été trompé par les noms des mandats dont il rémunérait l'exécution, et n'y aurait-il pas lieu d'allouer le même salaire à l'agent, qu'il s'agisse d'un mandat d'arrêt ou de dépôt, lorsque le prévenu se trouvant déjà sous la main de la justice, il n'y a qu'une simple notification à faire et non une arrestation à opérer? (V. F. H., t. V, p. 784.) Des documents récents nous ont fait connaître que telle est d'ailleurs l'interprétation donnée par la chancellerie à cet article 71.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que le mandat de dépôt s'était presque complètement substitué au mandat d'arrêt, et que cet usage était contraire à l'intention du législateur.

Il n'en est plus de même aujourd'hui, et la loi du 4 avril 1855 a rendu au mandat de dépôt le caractère provisionnel qu'il n'aurait jamais dû perdre. — Il n'est plus permis de délivrer indistinctement un mandat de dépôt ou un mandat d'arrêt; une profonde différence les sépare : tandis que le prévenu, contre lequel un mandat de dépôt a été délivré, peut toujours, quelle que soit la nature de l'inculpation, être mis en liberté par le

juge d'instruction sur les conclusions conformes du ministère public (94 C. instr. crim.), celui, au contraire, qui se trouve sous le coup d'un mandat d'arrêt, ne peut obtenir qu'une liberté provisoire sous caution, à condition que le fait qui lui est imputé n'emporte pas une peine afflictive ou infamante, mais seulement une peine correctionnelle (114 C. instr. crim.).

Nous reviendrons plus tard sur ce point, mais nous avons voulu signaler immédiatement cette importante addition faite à notre Code d'instruction criminelle, et qui n'est, à vrai dire, que la réalisation longtemps attendue de la pensée du législateur de 1808. Ainsi les paroles de M. Treilhard, que nous avons citées plus haut, sont exactes aujourd'hui.

Quel est l'effet de l'inobservation dans les mandats des formalités prescrites par la loi? L'article 112 du Code d'instruction criminelle a substitué aux nullités portées par le Code du 3 brumaire an IV une pénalité frappant la négligence des officiers publics : l'inobservation de la loi doit être punie d'une amende de 50 francs au moins contre le greffier, et s'il y a lieu l'injonction au juge d'instruction et au procureur impérial, et même de prise à partie, s'il y échet.

Mais cette pénalité ne saurait effacer les irrégularités, et il faut, parmi les formes prescrites par la loi, distinguer quelles sont celles qui sont essentielles à la validité des mandats. — Les mandats qui ne seront pas revêtus de ces formes devront être attaqués, comme toutes les ordonnances du juge d'instruction, devant la chambre des mises en accusation de la Cour impériale du ressort.

Cela a été jugé par arrêt de la Cour de cassation le 5 septembre 1817. — Un mandat d'arrêt avait été décerné contre les nommés Comte et Dunoyer, prévenus des délits punis par les articles 5, 8, 9, 10 de la loi du 9 novembre 1815. Ce mandat est attaqué comme n'indiquant pas le fait pour lequel il est décerné, formalité essentielle. Arrêt de la Cour de Paris rejetant la demande : « Attendu que le Code d'instruction criminelle ne prononçant pas la nullité des mandats d'arrêt, faute de l'accomplissement des formalités qu'il prescrit, les juges ne peuvent suppléer à cette nullité. » Le pourvoi en cassation fut rejeté, mais d'après les motifs suivants : « La Cour, attendu que si, d'après l'article 4 de la charte constitutionnelle, l'article 77 de la loi du 27 frimaire an VIII et l'article 609 du

« Code d'instruction criminelle, rapprochés des articles 95 et
 « 96 de ce Code, les formalités prescrites par ces deux der-
 « nières articles pour les mandats sont substantielles à ces actes,
 « leur omission doit conséquemment en faire prononcer la
 « nullité, quoique le Code d'instruction criminelle ne l'ait pas
 « expressément ordonné; que néanmoins les mandats d'arrêt
 « décernés contre les demandeurs sont revêtus de toutes les
 « formes prescrites par l'article 95 et que, relativement aux
 « énonciations exigées par l'article 96, elles s'y trouvent ainsi
 « suffisamment énumérées, et autant qu'elles y pouvaient l'être
 « d'après les circonstances et la nature de la prévention. Sans
 « approuver le motif pour lequel la Cour de Paris a rejeté la
 « demande en nullité desdits mandats. » (Arrêt cass., *J. du P.*,
 t. XIV, p. 464.)

Sont nuls les mandats qui ne sont pas signés, et dans ce cas on peut dire avec M. Mangin que non-seulement ils sont irréguliers, mais même qu'ils n'existent pas. La signature exigée à peine de non-existence du mandat est celle du juge qui le délivre; mais il semblerait aussi, pour que l'article 112 du Code d'instruction criminelle pût être appliqué, que la signature du greffier devrait également y être apposée, le concours du greffier à la confection du mandat ne pouvant être autrement établi.

Le mandat signé du magistrat, mais non revêtu de son sceau, devrait aussi être déclaré nul, suivant le système consacré par l'arrêt de 1817 que nous avons rapporté plus haut. Il faut avouer que c'est là une conséquence bien rigoureuse; mais il vaut mieux donner cette garantie excessive à la liberté individuelle que de décider, avec M. Dalloz et quelques auteurs, qu'aucune des formalités des articles 95 et 96 ne sont prescrites à peine de nullité, et que leur seule sanction réside dans l'application, le plus souvent illusoire, de l'article 112 du Code d'instruction criminelle.

Enfin, et cela ne peut soulever aucune difficulté, les mandats décernés par un juge incompétent sont nuls (Cass., 5 mai 1832; Sirey, 33, 1, 405).

Mais l'annulation du mandat pour vices de forme n'a pas pour effet d'annuler la procédure. Un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1813 l'a décidé en ces termes : « Attendu que de l'arrestation d'un accusé, fût-elle illégale, il ne pourrait jamais résulter une nullité relativement à une procédure cri-

minelle et à un arrêt de condamnation. » Cette nullité donne seulement lieu à une action en indemnité contre l'auteur de l'arrestation illégale (Crim. rej., 4 floréal an VII, 27 vendémiaire an XII. — V. Dalloz, *Rép. alph. instr. crim.*, n° 654).

Notre Code d'instruction criminelle a conservé de notre ancien droit l'ordonnance de prise de corps ; — la chambre du conseil, lorsqu'elle déclarait la prévention suffisamment établie et qu'elle reconnaissait que le fait constituait un crime, rendait une double ordonnance de mise en prévention et de prise de corps. — Cette seconde ordonnance n'avait d'autre but que de continuer l'effet des mandats décernés par le juge d'instruction jusqu'au jour du jugement, ou de les suppléer si l'inculpé était jusqu'alors resté en liberté.

L'ancien article 134 était ainsi conçu :

« La chambre du conseil décernera dans ce cas contre le prévenu une ordonnance de prise de corps, qui sera adressée avec les autres pièces au procureur général. Cette ordonnance contiendra le nom du prévenu, son signalement, son domicile, s'ils sont connus, l'exposé du fait et la nature du délit. »

Cette ordonnance devait ensuite être confirmée par la Cour lorsque celle-ci prononçait sa mise en accusation. La plupart des auteurs décidaient même qu'elle ne pouvait être mise à exécution contre un individu resté en liberté avant sa confirmation. — Un arrêt de la Cour de cassation avait été rendu dans ce sens (Cass., 29 avril 1830; Sirey, C. N. 9). La loi du 17 juillet 1856 supprima les chambres du conseil, et leurs attributions furent partagées entre le juge d'instruction et la chambre des mises en accusation.

C'est le magistrat instructeur qui aujourd'hui ordonne « que les pièces de l'instruction, le procès-verbal constatant le corps du délit et un état des pièces à conviction seront transmis sans délai au procureur général, lorsqu'il estime que le fait est de nature à être puni de peines afflictives ou infamantes et que la prévention contre l'inculpé est suffisamment établie » (133 C. instr. crim.).

Il était inutile de donner au juge d'instruction le droit de décerner l'ordonnance de prise de corps ; il avait déjà le droit de délivrer les mandats de dépôt ou d'arrêt, et nous venons de voir d'ailleurs que cette ordonnance n'était exécutoire que par

la confirmation qu'elle recevait de la chambre d'accusation. « C'eût été une superfluité évidente ; il était plus simple assurément de disposer qu'elle sera supprimée pour le juge d'instruction et de déclarer par une formule expresse que les mandats conserveront leur force exécutoire jusqu'à ce que la Cour ait statué » (exposé des motifs).

L'article 134 est ainsi conçu : « Dans le cas de l'article 133 « le mandat d'arrêt ou de dépôt décerné contre le prévenu con- « servera sa force exécutoire jusqu'à ce qu'il ait été statué par « la Gour impériale. »

L'exercice du droit conféré à la Cour impériale est ainsi réglé : « 232. Lorsque la Cour prononcera une mise en accusation, « elle décernera contre l'accusé une ordonnance de prise de « corps.

« Cette ordonnance contiendra les nom, prénoms, âge, lieu « de naissance, domicile et profession de l'accusé ; elle con- « tiendra en outre, à peine de nullité, l'exposé sommaire et « qualification légale du fait, objet de l'accusation.

« 233. L'ordonnance de prise de corps sera insérée dans « l'arrêt de mise en accusation, lequel contiendra l'ordre de « conduire l'accusé dans la maison de justice établie par la « Cour où il sera renvoyé.

« 234. Les arrêts seront signés par chacun des juges qui les « auront rendus. »

Nous ne pouvons que renvoyer, quant à l'effet de l'inaccomplissement de ces formalités, à ce que nous avons dit en parlant des différents mandats, et notamment du mandat d'arrêt. Toutefois, à la différence des mandats qui n'existent réellement pas s'ils ne sont pas revêtus de la signature du magistrat qui les a délivrés, les arrêts de la chambre d'accusation ne sont pas nuls par cela seul qu'ils ne seraient pas signés par tous les conseillers qui les auraient rendus (Cass., 10 mars 1827; Sirey, C. N., 8).

GEORGES REYNAUD.

(La suite à une prochaine livraison.)

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDES SUR LA PROCÉDURE CIVILE.

NÉCESSITÉ DE REVISER LE CODE DE 1806.

Par M. LAVIELLE, conseiller honoraire à la Cour de cassation.
(Paris, chez Cotillon, libraire-éditeur.)

Compte rendu par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale de Paris,
ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,
ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

Si le Consulat et le premier Empire ont acquis et conservent des titres durables à la reconnaissance des générations contemporaines et au souvenir sympathique de notre pays, ils en doivent surtout l'honneur aux conquêtes pacifiques dont nos cinq Codes, rédigés de 1804 à 1810, sont à la fois l'expression et le fruit. Ces conquêtes n'ont coûté ni les flots de sang ni les trésors au prix desquels ont été accomplies les guerres, glorieuses sans doute, mais quelquefois insensées ou coupables, de la seconde de ces époques ; elle ont eu, sur ces guerres, l'avantage de ne laisser après elles ni humiliations ni désastres ; elles ont enfin perpétué, même dans les territoires que les jeux de la force et du hasard nous ont enlevés comme ils nous les avaient donnés, le prestige et l'influence de la France, sans qu'aucun mélange de défiance ou de ressentiment national en ait compromis ou paralysé l'ascendant.

Nos Codes, néanmoins, n'ont pas tous la même valeur et n'ont pas tous obtenu ou gardé la même autorité ; le temps, d'ailleurs, tout en leur imprimant le sceau de sa sanction, a produit et constaté plus ou moins promptement la nécessité de leur faire subir les modifications propres à les maintenir en harmonie avec la marche incessante des faits et des progrès sociaux.

Le Code civil lui-même, justement appelé le Code Napoléon, n'a pas échappé à cette inflexible loi. Dès 1816, le divorce, qu'il avait laissé subsister, a été aboli. Dès 1819, le législateur,

revenant aux généreuses inspirations de l'Assemblée constituante, a effacé les derniers vestiges des droits d'aubaine et de détraction. Plus tard, la suppression de la mort civile, les facilités nouvelles accordées à l'irrigation par les lois de 1845 et de 1847, le rétablissement de la transcription, et quelques autres innovations, ont successivement remédié à diverses imperfections de la législation de 1804. Tout n'est pas dit, tout n'est pas fait encore dans cette voie ; l'immense développement de la richesse mobilière et des exigences du crédit depuis 1814 attestent de plus en plus l'insuffisance des dispositions du Code Napoléon en ce qui concerne ces nouveaux intérêts ; mais, ainsi que l'a dit M. Rossi (Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société), *quelques lois partielles qui puissent s'encadrer dans ce grand ensemble suffiront au besoin du temps, et nul ne songe à porter la sape et le marteau dans ce vaste et beau monument que le génie français a élevé à la France nouvelle.*

Élaboré en 1806, le Code de commerce pouvait répondre alors à la situation commerciale d'une nation dont la guerre semblait devenir l'état normal ; mais, même après la refonte complète que son titre des Faillites a subie en 1838, il y a longtemps que les vices saillants ou les nombreuses lacunes de ses dispositions sur les matières commerciales les plus usuelles appellent de larges et intelligentes modifications, et l'on n'a, sans doute, pas oublié le jugement solennel qu'en ont porté, en dernier lieu, deux éminents magistrats ¹.

Depuis les sages réformes que le souffle libéral de 1832 a fait introduire dans le Code pénal, celui-ci ne comporte plus guère que des améliorations de détail. Nous savons bien que le Corps législatif a été saisi, en 1862, d'un projet de loi dont les deux dispositions principales étaient conçues dans un tout autre ordre d'idées ; mais la discussion publique à laquelle elles viennent de donner lieu dans le Corps législatif, si elle ne les a pas complètement effacées, leur a du moins enlevé ce qu'elles auraient eu de plus grave et de plus fâcheux.

Quant au Code d'instruction criminelle, nous ne partageons assurément pas les préventions exagérées que cette partie de

¹ M. Blanche, avocat général à la Cour de cassation, et M. Denière, président du tribunal de commerce de la Seine.

notre législation a inspirées à certains juriconsultes ou publicistes; mais nous partageons moins encore le naïf fétichisme que nous avons récemment rencontré dans le dithyrambe de rentrée d'un chef de parquet, professant hautement qu'en matière criminelle tout est pour le mieux dans le meilleur des Codes possibles. Là, aussi, l'œuvre de 1808 exige d'importantes réformes; mais nous reconnaissons volontiers que le moment actuel pourrait être mal choisi pour allier à la prudence qui devrait les contenir, l'esprit nettement progressif dans lequel elles devraient être préparées.

De tous nos Codes, enfin, le Code de procédure civile est incontestablement celui qui, dès son apparition, a le moins justifié l'amour-propre qui inspira à ses auteurs cette exclamation : *Exegi monumentum!* Aussi, tandis que les nations qui ont recouvré leur existence propre en 1814 conservaient avec soin le Code civil qui les avait régies pendant leur réunion à la France, elles apportaient en général un empressement spécial à se donner une autre loi de procédure. Chez nous, les voix les plus autorisées n'ont pas tardé à signaler ce besoin aux pouvoirs publics; il pourrait nous suffire de citer ici l'éloquent professeur de Poitiers (M. Boncenne), qui a répandu sur cette étude un charme dont elle ne semble guère susceptible, et le jeune et brillant professeur (M. Boitard) dont l'enseignement dans la Faculté de Paris, quoiqu'elle ne l'ait possédé que deux ans, a laissé d'ineffaçables souvenirs. L'Académie des sciences morales et politiques a également secondé ce mouvement, en mettant au concours, il y a quelques années, la question de savoir *quelles sont, au point de vue juridique et philosophique, les réformes dont notre Code de procédure est susceptible*; ce concours a donné lieu à d'utiles travaux, parmi lesquels l'Académie, sur le rapport de M. le comte Portalis, a distingué ceux de MM. Seligman et Bordeaux, et, livrés ensuite à l'impression, les mémoires présentés par ces écrivains ont contribué pour leur part à avancer et à mûrir la question.

Déjà, il est vrai, le législateur a refait, en 1841, deux des titres les plus importants du Code de 1806, ceux qui concernent la saisie immobilière. Des lois plus récentes ont remanié le titre de l'Ordre et ont heureusement simplifié certaines formalités ou abrégé certains délais. Mais le Corps législatif lui-même a senti les inconvénients de ces mesures partielles et

successives; le rapporteur de l'une de ses commissions, M. Jousseau, a exprimé à cette occasion le vœu formel d'une *révision plus complète, préférable à tous égards aux lois spéciales que présente de temps à autre le gouvernement sur cette matière délicate.*

Ce vœu si légitime et si bien justifié sera-t-il bientôt entendu? M. le garde des sceaux vient d'en autoriser l'espoir, en nommant une commission pour examiner et préparer les réformes dont le Code de procédure peut être susceptible. Nous savons bien, comme le rappelle le savant magistrat dont nous annonçons ici le livre, que, lorsque l'empereur Napoléon I^{er} voulait enterrer un projet, il le renvoyait à une commission, et il ne serait pas difficile de montrer que cette tradition du premier Empire n'a pas été complètement perdue; mais un tel rôle n'aurait évidemment pu être donné aux hommes considérables qui composent la commission dont nous venons de parler, et nous ne doutons pas qu'elle ne mette son honneur à accomplir l'utile tâche qui lui est confiée.

Dans cette situation, aucun travail ne saurait arriver avec plus d'opportunité que celui de l'honorable M. Lavielle, et, sans blesser les plus légitimes susceptibilités, nous ne craignons pas d'ajouter qu'il n'en est aucun qui se recommande par une plus incontestable autorité. Au barreau, à la Chambre des députés, au ministère de la justice, dont il a dirigé l'une des plus importantes divisions, enfin dans les fonctions les plus élevées de la magistrature, M. Lavielle a partout acquis et apporté une expérience et des lumières que la lecture seule de son ouvrage révèle et reflète avec éclat. Il va sans dire, et nous lui en faisons un éloge de plus, que cet ouvrage n'est pas conçu dans des prétentions de réformes radicales; M. Lavielle ne pouvait pas rêver et ne rêve pas la constitution d'un nouvel ordre judiciaire et le bouleversement de la procédure française: « Ne touchons à nos lois, dit-il, que dans les cas exceptionnels d'une nécessité démontrée et d'un avantage évident; mais aussi, quand cette nécessité et cet avantage apparaissent, ne nous laissons pas endormir dans les douceurs faciles de la routine et dans la béatitude du *statu quo*; ayons le courage de l'examen et de la solution. »

La nature et les limites nécessaires de cet article ne nous permettent pas de donner une analyse complète du livre au-

quel nous le consacrons ; contentons-nous d'indiquer quelques-uns des nombreux objets à propos desquels l'auteur établit les avantages et l'urgence de sérieuses améliorations. Sa juste critique ne trouve que trop à s'attaquer au déplorable système du Code en ce qui touche la rédaction des jugements et arrêts, les enquêtes, la vérification des écritures et le faux incident civil, la récusation des juges, l'interrogatoire sur faits et articles, à propos duquel le législateur de 1806 *semble*, selon l'éminent jurisconsulte qui a surtout concouru à la confection du Code de procédure du canton de Genève, *s'être proposé le problème du mode le plus sûr de ne pas atteindre la vérité*, etc. L'auteur ne signale pas avec moins de raison les perfectionnements que peut recevoir encore l'institution des juges de paix, dont les services judiciaires et l'influence salutaire sur les populations ne pourraient que gagner à répudier le caractère administratif ou politique que certaines tendances leur attribuent de plus en plus aujourd'hui. Nous ne saurions trop recommander, enfin, les chapitres consacrés à l'expropriation forcée, à la procédure de l'ordre et aux saisies mobilières. Partout on reconnaît un esprit à la fois pratique et élevé, qui sait, au besoin, sortir de la sphère du jurisconsulte et se placer à l'horizon du publiciste et du législateur.

Mais, même en se renfermant dans le cadre tracé par M. Lavielle, même en ne réclamant que les innovations *d'une nécessité démontrée et d'un avantage évident*, il est permis de croire que ce programme comporterait quelques additions ; il est permis, pour citer un seul exemple, de se demander si les règles établies par le Code de procédure pour la protection des intérêts et des droits des incapables (mineurs, interdits, etc.) ne tournent pas quelquefois, par leurs complications et par le luxe de leurs exigences, contre le but qu'elles se proposent, et si dès lors il n'y aurait pas lieu de soumettre aussi ces règles à une révision approfondie. Ce cas n'est pas, à beaucoup près, le seul dans lequel la nature humaine puisse et doive puiser l'incessant avertissement de la faillibilité de ses meilleures intentions ; il ne faudrait pourtant pas qu'elle y puisât aussi, comme elle n'y est parfois que trop disposée, un prétexte commode à son inertie. M. Lavielle le dit à bon droit, et ce n'est pas seulement en matière judiciaire qu'il serait fondé à le dire : « On lutterait en vain contre le temps et les faits ; la

« sagesse consiste à profiter de leurs enseignements, à les discuter, à les appliquer, à les conduire avec prudence, si on ne veut pas être conduit ou dépassé par eux. »

Parmi les intérêts qui pourraient engager ici cette lutte, parmi ceux que pourraient froisser et qui par conséquent pourraient tenter d'entraver les réformes projetées, on a quelquefois rangé ceux des avoués, des notaires et des huissiers. Nous ne sommes pas, quant à nous, disposé à faire bon marché de ces intérêts, par la raison fort simple que les justiciables et l'administration de la justice seraient les premiers à souffrir de la suppression de ces professions, ou seulement des atteintes sérieuses qui seraient portées à leur existence; mais nous croyons avec M. Lavielle que, partout où le nombre des officiers ministériels est convenablement proportionné au mouvement des affaires et aux besoins des populations, ils supporteront sans inquiétude et surtout sans dommage les changements que le Code de procédure pourra subir. Nous redoutons davantage l'hostilité d'un adversaire bien autrement puissant, et qui profite, bien plus que les avoués ou les huissiers, des abus de l'état de choses actuel; nous voulons parler du fisc, à qui l'exubérance des procédures inutiles ou trop surchargées fournit chaque jour d'importants revenus. Espérons que cet obstacle ne sera ni insurmontable ni indéfini : espérons-le, même contre les apparences du moment, et tirons de cette observation une preuve nouvelle des difficultés que les entraînements irréfléchis de l'esprit d'aventure opposent trop souvent, par les onéreuses nécessités qu'ils créent, à l'accomplissement des réformes les plus utiles, lorsque celles-ci ont le malheur de ne se recommander que par le mérite peu bruyant de cette utilité.

Nous n'avons, jusqu'ici, considéré en M. Lavielle que le publiciste ou le jurisconsulte; mais il y aurait, de notre part, une inexcusable injustice à ne pas parler aussi de l'écrivain. Dans le monde, même littéraire, on admet volontiers que la langue du droit est sèche, aride, diffuse, et qu'il faut un courage presque héroïque ou les impérieuses obligations d'un devoir professionnel pour braver l'ennui de ses productions; nous reconnaissons, d'ailleurs, qu'il en est quelques-unes qui ont contribué à propager et à alimenter ce préjugé. D'illustres exceptions ont cependant interrompu la prescription à cet égard, et, parmi ces exceptions, il convient désormais de placer l'auteur des

Études sur la procédure civile; nous ne l'avons pas seulement lu avec l'intérêt que comporte le sujet qu'il a traité, nous avons trouvé à cette lecture l'attrait d'une véritable séduction. Ferme, précis, fidèle aux saines traditions de l'art d'écrire, le style de M. Lavielle révèle d'abord un de ces magistrats, plus communs autrefois qu'aujourd'hui, qui, tout en mûrissant leur expérience dans les graves travaux de leurs fonctions, sentent le besoin de respirer constamment, par un commerce assidu avec les grands maîtres, l'air pur et vivifiant des lettres. Mais en même temps ce style, par sa pittoresque vivacité, par sa spirituelle animation, par l'abondante variété dont une mémoire pleine de fraîcheur a puisé les éléments aux sources les plus diverses, annonce bien un enfant du fécond et brillant pays d'Henri IV, de ce pays qui réunit dans une heureuse harmonie les dons naturels de l'esprit des montagnes et ceux de l'esprit du midi. A voir tant de séve et de vigueur, on ne se douterait guère, comme le *Moniteur* nous l'a appris récemment, que l'auteur a maintenant atteint la limite au delà de laquelle le décret du 1^{er} mars 1852 a frappé les magistrats d'une présomption aveugle et absolue d'impuissance et d'incapacité; on se prend, une fois de plus, à déplorer une mesure si fatale, et l'on s'associe aux vœux émis l'année dernière par le Sénat pour que le gouvernement en propose l'abrogation; on ne saurait enfin se refuser à reconnaître, avec un illustre écrivain (M. Villemain, *Souvenirs contemporains*, t. 1^{er}, p. 488), que le *respect de la vieillesse est d'une politique plus morale et meilleure que les anticipations hâtives sur la mort pour faciliter l'avancement de la jeunesse.*

E. REVERCHON.

HISTOIRE DU DROIT CRIMINEL CHEZ LES ROMAINS,

Par Ferdinand WALTER, professeur à l'Université de Bonn, traduite de l'allemand par J. PICQUET-DAMESME, chargé du cours de droit criminel à la Faculté de droit de Grenoble¹.

Compte rendu par M. E. GAILLEMER,
professeur agrégé, chargé d'un cours de Code Napoléon à la Faculté
de droit de Grenoble.

Lorsqu'on envisage avec soin le mouvement et la tendance des esprits à notre époque, on constate tout à la fois une aspiration immense vers les découvertes et le progrès, et un amour profond pour les études historiques. Il semble que le XIX^e siècle, effrayé par le grand nombre des faits nouveaux qu'il a jetés sur la scène du monde, veut se rattacher aux âges passés pour y chercher en quelque sorte sa justification et son excuse. Sa philosophie remonte jusqu'à l'Inde et jusqu'à la Chine pour y trouver le point de départ de ses conceptions modernes; les données scientifiques de l'antiquité sont rapprochées avec complaisance des résultats obtenus par les savants et les observateurs de nos jours; des fouilles s'organisent dans tous les lieux où vécurent de grands peuples pour y retrouver les débris de leur architecture et de leur civilisation; l'art militaire lui-même, qui semblait métamorphosé par les puissants moyens de destruction que nous possédons, va demander des enseignements aux grands capitaines de l'antiquité. Partout, les études historiques sont en vigueur; partout elles rencontrent des partisans chaleureux et de fervents adeptes.

La science du droit, qui touche par des points si nombreux au mouvement général de la société, a-t-elle obéi à cette grande impulsion? Mettons-nous la même ardeur à rechercher dans le passé les vestiges des institutions juridiques qui marquent le point d'où nous sommes partis et les étapes successives par lesquelles nous sommes laborieusement parvenus à construire l'édifice de notre législation? — Assurément, ce serait fermer les yeux à l'évidence que de formuler à cette question une réponse absolument négative. Les juristes vivent trop intime-

¹ Paris, Durand; Grenoble, Ravanat.

ment de la vie de leur siècle pour ne pas obéir à l'inspiration générale des intelligences. Comme les philosophes, comme les savants et les moralistes, ils ont payé leur tribut à l'histoire. Les exemples abondent aujourd'hui et, pour n'en citer qu'un seul, qui ne connaît cette œuvre gigantesque, si heureusement entreprise par un homme dont la mémoire restera chère à l'enseignement qu'il honora, et que la mort est venue si tristement interrompre au moment où ses infatigables travaux allaient rencontrer leur terme dans le couronnement de l'édifice élevé à la gloire de l'ancien droit français?

Mais, ne sommes-nous pas trop exclusifs dans nos recherches? N'assignons-nous pas des limites trop étroites au champ sur lequel notre activité doit s'exercer?— Il y a quelques années à peine, notre droit coutumier était bien imparfaitement connu, et n'avait point d'organes accrédités dans l'université. Toutes les études semblaient se concentrer sur la législation civile de Rome, et, pendant que d'éminents jurisconsultes s'efforçaient de dissiper les obscurités et les ténèbres qui peuvent régner encore sur quelques points de détail, les vérités les plus lumineuses des législations antérieures à celle du grand peuple restaient dans l'ombre; les notions les plus élémentaires sur les développements et les vicissitudes de nos lois nationales, avant, pendant et depuis la conquête romaine, demeuraient l'apanage d'un petit nombre d'élus. Tous les historiens du droit paraissaient vouloir s'occuper uniquement de l'étude des monuments du droit romain.

Mais cette préférence singulière, qui nous faisait dédaigner nos pères pour des ancêtres beaucoup moins directs et beaucoup plus éloignés, n'était pas la seule anomalie que l'on pût constater. — Sans doute, cette prédilection marquée pour les lois de Rome s'expliquait par ce caractère de perfection et de sagesse, si frappant encore aujourd'hui dans les écrits des jurisconsultes qui ont survécu à la ruine de l'empire romain, et qui conservent sa gloire et son prestige. *Leges Romanorum divinitus per ora principum emanarunt*, disait saint Augustin, et tous ceux qui ont vécu dans le commerce assidu des grands génies que le droit eut pour organes dans la ville éternelle, applaudiront à la justesse de ces paroles d'un de nos historiens modernes : « Quand on parcourt les Pandectes, on s'arrête frappé de respect et d'admiration devant les débris de

cette science qui fit passer le niveau de l'équité et de la raison sur cet empire, œuvre de violence, toute marquée des inégalités de la conquête¹.

Comment s'expliquer alors qu'une des branches importantes de la législation romaine soit restée à l'écart et n'ait point trouvé sa place dans cet entrainement universel qui portait tous les esprits vers Rome? — Je veux parler du droit pénal. Qui songerait cependant à soutenir que cette partie de la science n'est pas celle qui s'unit le plus intimement à l'histoire générale d'un peuple? Ceux-là mêmes qui resteraient impassibles et indifférents devant le bouleversement le plus complet de nos lois civiles, ne peuvent se défendre d'une vive émotion lorsque le législateur porte une main prudente et réservée sur quelque point secondaire de nos Codes répressifs. L'étude des pénalités ne touche-t-elle pas au droit public d'une nation? Des affinités puissantes ne l'unissent-elles pas, surtout chez les peuples primitifs, aux conceptions morales et religieuses des empires? Chaque citoyen ne sent-il pas que le droit criminel se meut dans une sphère supérieure aux intérêts matériels, et qu'il met en question quelquefois la vie, souvent la liberté, toujours l'honneur des individus? Et, devant ce triple intérêt, nul ne reste insouciant et dédaigneux.

Serait-ce donc que l'étude des précédents historiques est sans influence sur le droit pénal, et qu'on peut impunément, dans ce cas, rejeter des traditions que toutes les autres sciences sont heureuses de recueillir? — On l'a soutenu et la Faculté de Paris n'a pas oublié le jeune professeur qui enseignait que le droit pénal est exclusivement l'œuvre du présent et n'a pas de racines dans le passé. Cette doctrine a trouvé de nombreux adhérents, et parfois, à notre époque, si un retour a lieu sur les institutions criminelles des générations éteintes, c'est le plus souvent pour établir un parallèle à l'honneur de notre siècle, et pour obtenir la facile satisfaction de glorifier quelques-unes des choses de notre âge aux dépens des choses passées. — Sans doute, — et j'emprunte cette réponse à un jurisconsulte philosophe, aux côtés duquel je m'estimerai toujours heureux d'avoir travaillé, — « il y a dans les lois pénales des éléments qui changent, qui se transforment en traversant

¹ Amédée Thierry, *Tableau de l'empire romain*, 1862, p. 308.

les âges et les révolutions politiques ; mais il en est d'autres qui sont durables, permanents, qui survivent à toutes les vicissitudes des temps, et qui sont le fond de toute législation pénale ¹. »

On a fait une autre objection, et elle émane des moralistes : Quel intérêt la société a-t-elle à venir présenter ainsi aux générations contemporaines le douloureux tableau des misères et des turpitudes des âges passés ? Triste école morale que celle qui va puiser des enseignements dans des crimes sur lesquels on devrait s'estimer heureux de jeter un voile épais et obscur ! A quoi bon, d'ailleurs, venir fatiguer notre sensibilité par le récit affreux des supplices que la barbarie sauvage des nations primitives a péniblement enfantés et dont la seule pensée terrifie le plus courageux d'entre nous ? — Ces délicatesses de la conscience et du cœur ne sont-elles pas exagérées ? Le penseur et le philosophe ne sauront-ils pas dégager du milieu de ces éléments qui vous choquent et qui vous blessent, des considérations de l'ordre le plus élevé qui serviront à guider l'humanité dans sa marche et à faciliter le développement des sociétés ? Ne devons-nous pas aussi vivre d'une vie réelle, et ceux-là seraient-ils bien préparés à occuper leur place dans le mouvement actif du monde, qui auraient dédaigné de jeter les regards sur les faiblesses et les imperfections de l'homme pour rêver une vie exempte de toute faute, un peuple qui obéit aux seules prescriptions de la loi et de la morale sans la contrainte d'une sanction ? Généreux utopistes qui oublient dans leurs ardentes aspirations que, si l'humanité est essentiellement perfectible, elle est encore bien près de son point de départ, et qu'une longue carrière la sépare de cette halte heureuse où nous voudrions la voir parvenue, et qu'elle n'atteindra peut-être jamais ! — Or, si nous voulons favoriser sa marche, si nous voulons la débarrasser des entraves et des obstacles qui s'opposent à ses progrès, n'est-ce pas à la pratique du passé que nous devons demander des conseils pour déterminer l'influence heureuse ou malheureuse que les actes de nos pères ont exercée sur la moralité des nations, pour éviter souvent leurs erreurs et pour suivre parfois leurs exemples ? Le droit pénal s'efforce d'aider les moralistes près de

¹ M. A. Bertauld, *Cours de Code pénal*, p. 6 (1854).

ceux qui resteraient sourds à la voix de la conscience, et cet auxiliaire puissant ne sera repoussé par aucun de ceux qui tiennent grand compte dans leurs conceptions des exigences de la vie telle qu'elle s'impose à nous.

Pourquoi donc dédaigner ces études historiques? Pourquoi ne pas demander des enseignements, non-seulement à notre ancien droit, mais aussi et surtout à la législation de Rome; j'ajouterai même à la législation d'Athènes? Je ne prétends pas dire que l'on doive faire abstraction des besoins de notre civilisation et que l'on soit obligé de renverser nos institutions pour y substituer celles de Solon et des décemvirs. A Dieu ne plaise que je vienne renier les conquêtes de plus de vingt siècles. Le droit pénal, si vous le contemplez dans son esprit général, a, comme toutes les sciences, comme l'humanité tout entière, marché de progrès en progrès; il a subi, comme tout ce qui l'environne, la sainte loi de la perfectibilité. Mais la recherche des erreurs et des aberrations d'un autre âge a sa valeur et son utilité. Je le crois fermement pour ma part, et l'homme qui consacrerait sa vie à l'histoire du droit pénal, depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, ne me paraîtrait pas avoir failli à l'obligation divine qui pèse sur toute existence de contribuer dans la mesure de ses forces à pousser l'humanité vers le but qu'elle est destinée à atteindre.

Grâce à Dieu! la réaction a commencé, et d'éminents esprits ont essayé de venger les institutions criminelles des anciens de l'oubli qui trop longtemps avait été leur partage. Il y a vingt ans à peine, à l'époque où paraissaient en Allemagne les savantes monographies de Geib et de Rein, plus d'un juriconsulte français songea à nous présenter le tableau du droit pénal de Rome. En 1841, M. Le Bastard-Delisle, que nous avons vu longtemps siéger dans une de nos Cours souveraines, publiait un précis de l'administration de la justice criminelle chez les Romains; en 1844, M. Rivière esquissait l'histoire du même sujet; en 1845, au moment même où M. Laboulaye présentait à l'Académie des sciences morales et politiques sa belle monographie des lois criminelles relatives à la responsabilité des magistrats, M. Albert du Boys, dans ses remarquables publications sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, s'attachait de préférence aux grands épisodes de cette sanglante histoire qu'il raconte plus encore en littérateur qu'en

jurisconsulte. — Depuis lors, on citerait à peine quelques travaux académiques, un livre récent de M. Loiseleur, qui, de son propre aveu, ne s'adresse ni aux jurisconsultes, ni aux érudits, et nous pourrions croire que le silence s'est fait autour de ces questions, si une étude excellente, cachée dans les mémoires de l'académie impériale de Metz, et due à la plume d'un de nos plus chers collègues, M. Gustave Humbert, ne nous faisait espérer que notre histoire juridique verra bientôt une de ses lacunes comblée, et que la distance qui nous sépare de la docte Allemagne sera un jour, sinon effacée, au moins singulièrement amoindrie.

Mais c'est surtout relativement au droit pénal des Grecs, que, mettant de côté tout amour-propre national, nous devons reconnaître notre infériorité. Comment songer à établir un parallèle entre les études consciencieuses si l'on veut, de M. de Pastoret, de M. Jules Cauvet, de M. Le Bastard-Delisle, et ces renseignements nets, précis, abondants, que nous rencontrons dans les *Hellenische Alterthumskunde* de Wachsmuth, et les *Griechische Alterthümer* de Schömann? — Si M. Eschbach n'avait largement puisé, pour ne pas dire plus, dans ces remarquables travaux, notre langue n'offrirait aucun ouvrage qui pût servir de point de départ à des études approfondies. — Aussi nous sera-t-il permis de former un vœu : si l'activité de quelques-unes de nos sociétés savantes dont l'ardeur est incontestable pour l'étude des antiquités locales, était dirigée sur le genre de travaux auxquels je fais allusion, dans quelques années, je le crois fermement, nous n'aurions plus rien à envier à nos voisins d'outre-Rhin.

Un jeune professeur qui, depuis plusieurs années déjà, s'est consacré à l'enseignement du droit pénal dans la Faculté de Grenoble a résolu de faire disparaître en partie cette lacune que nous signalions dans notre littérature juridique pour la législation criminelle des Romains. Trop modeste pour nous donner le résultat de ses recherches personnelles, il a voulu se contenter du simple rôle de traducteur d'un des ouvrages les plus remarquables que nous présente l'Allemagne; — il s'est attaché de préférence au livre que Walter, dans sa *Geschichte der römischen Rechts*, a consacré aux délits et aux peines; et sa traduction, nette, précise, qui a su conserver le cachet et la manière de l'auteur original, permettra à ceux qui ne sont pas familiarisés

avec la langue de nos voisins de s'initier à la connaissance d'une des branches les plus intéressantes de la science juridique. C'est un service que M. Picquet-Damesme rend à ceux qui professent le culte des études sérieuses, et dont tous doivent lui être reconnaissants.

Le travail de Walter, dans lequel on ne trouve ni redites ni choses inutiles, mais qui est rempli de faits dont l'enchaînement ne peut être brisé sans nuire à l'intelligence du système général que l'auteur expose, n'est pas de ceux qui se prêtent facilement à une analyse rapide. A son occasion, l'on pourrait assurément rechercher quel a été le principe du droit de punir aux diverses époques de la législation pénale de Rome; à l'origine religieuse et domestique; subissant bientôt l'influence grecque dont il est intéressant de constater ici l'empreinte très-marquée; plus tard, oscillant entre le despotisme qui veut anéantir les institutions libérales de la république, et le stoïcisme, ce culte de la justice morale qui a pour défenseurs les plus éminents interprètes de la science du droit; enfin reconnaissant l'empire du christianisme, dont la philosophie du Portique avait facilité les voies et préparé la toute-puissante action. — Une étude aussi vaste, aussi élevée, aussi attrayante, dépasserait de beaucoup les bornes que je me suis imposées. Je ne veux aujourd'hui que signaler à mes lecteurs l'apparition du livre de Walter dans notre langue nationale.

Si toutefois j'osais ici formuler un regret, je reprocherais au traducteur de s'être par trop effacé et de n'avoir point laissé soupçonner sa présence par quelques notes ajoutées à son original. Il a agi sciemment et volontairement; il nous le dit lui-même. Mais peut-être a-t-il trop oublié qu'il était Français, et qu'il écrivait pour des lecteurs français. Nous aurions aimé à voir M. Damesme rapprocher des autorités que l'auteur allemand invoque avec complaisance, les noms de ceux de nos érudits dont la patiente investigation s'est exercée sur quelques-unes des questions soulevées par le savant professeur de Bonn. — De plus, les notes, très-nombreuses et en même temps très-succinctes de l'ouvrage, n'effrayent pas la patiente Allemagne qui ne craint point de recourir aux sources et de suspendre fréquemment sa lecture pour contrôler les assertions du livre qu'elle étudie. Mais sommes-nous disposés à imiter son exemple? Ne reculerons-nous pas quelquefois lorsqu'il nous

faudra quitter un passage qui nous captive pour aller demander à quelque poudreux volume le complément de la pensée de l'auteur, et, si nous avons ce courage, n'agissons-nous pas en murmurant contre celui qui n'a pas assez tenu compte, je n'ose dire de notre indolence, mais tout au moins de nos convenances personnelles? — J'avoue, pour ma part, que cette nécessité de parcourir fréquemment de longs chapitres de Tite-Live et de Tacite, pour y trouver les quelques mots qui éclairent le texte de l'auteur, a quelquefois nui à Walter. Je me suis souvent oublié, pendant des heures entières, à relire de merveilleux passages des historiens romains, laissant de côté le droit pénal, et n'y revenant que lorsque ma curiosité avait été entièrement satisfaite. — Or, si ces digressions sont pleines de charmes pour celui qui se les permet, je ne peux pas croire que le but du traducteur ait été de les favoriser et de les encourager. Ce serait le comble et l'exagération même du désintéressement. Il eût été facile d'échapper à ce danger, sans augmenter beaucoup l'étendue de l'ouvrage. Souvent un mot, parfois une seule ligne eût suffi, et nous n'aurions pas eu à chercher laborieusement le point précis sur lequel l'éminent professeur a entendu s'appuyer.

Quoi qu'il en soit de cette critique, je la soumetts à M. Damesme, sans espérer beaucoup le convaincre; mais je me crois d'autant plus autorisé à la lui adresser, que, dans une courte introduction, il nous a donné la mesure de ses forces en traçant, avec une clarté toute française, l'esquisse générale de la législation pénale de Rome, pour la rapprocher de notre procédure criminelle, telle qu'elle résultait notamment des ordonnances de 1498, de 1539 et de 1670. Tous ceux qui liront les quelques pages, vraiment intéressantes, dans lesquelles notre collègue a consigné le résultat de ses réflexions sur cette information mystérieuse qui se termine par les horreurs des plus affreux supplices, et qui a pour accompagnement les déplorables épisodes de la torture, n'auront même pas à se demander si les accusés au XVII^e siècle devaient envier le sort des Romains du temps de Néron et de Caligula. — Si l'on veut conserver pour le grand règne une admiration sans restrictions d'aucun genre, il ne faut pas pénétrer avec notre auteur dans l'enceinte de ces juridictions chargées de faire respecter l'ordre social et l'existence des individus.

Et que l'on ne croie pas cependant que, pour les besoins de la cause, M. Damesme a assombri les couleurs de son tableau, afin de mettre mieux en relief la belle simplicité de l'instruction romaine. Il nous a épargné bien des détails odieux attestés par des témoins oculaires, jurisconsultes honnêtes et éclairés, mais tellement habitués à ces horreurs sauvages que leur sensibilité s'est émoussée; et nous frémissons en voyant avec quelle placide sérénité ils se complaisent dans la description de ce drame épouvantable, qui a pour acteurs le bourreau et sa victime, et pour témoins le juge, son greffier et un médecin! drame qui dure quelquefois deux heures, parce que « le patient, plus occupé de ses douleurs que des réponses qu'il doit faire, jure et s'empporte pendant le supplice; » et, lorsqu'enfin le juge est rassasié de ce douloureux spectacle, l'accusé, qui n'a pas faibli, est absous, souvent dans un état tel qu'il faut lui couper les bras et les jambes pour que la gangrène ne le conduise pas à la mort!... Le commentateur de l'ordonnance de 1670, lieutenant-criminel à Autun, Serpillon, auquel j'emprunte ces affreux renseignements, écrivait en 1767, trois ans après l'apparition du pamphlet de Beccaria.

Et veut-on savoir comment les plus éminents criminalistes d'alors, Jousse et Muyart de Vouglans, accueillaient ce petit traité des délits et des peines, qui fut toute une révolution, et qu'on ne lit guère de nos jours, sans doute, « parce que les yeux ont dû se détourner d'un programme de réformes pour la plupart accomplies ¹? » — Par le mépris et le dédain! « Que penser d'un auteur qui prétend élever son système sur les débris de toutes les notions qui ont été reçues jusqu'ici, et qui pour l'accréditer fait le procès à toutes les nations policées? »

Ce n'est pas seulement avec l'ordonnance de 1670 que M. Piquet-Damesme met en parallèle l'instruction criminelle des Romains. Quelquefois, chemin faisant, mais alors avec la discrétion du maître chargé plutôt d'initier que de critiquer, il nous signale des emprunts que nous pourrions, nous aussi, faire à la procédure romaine. — Je ne peux ni ne veux suivre M. Damesme dans cette partie de son travail, et je me borne à renvoyer les lecteurs curieux à l'ouvrage que je m'empresse de leur indiquer.

¹ Baudrillart, *Publicistes modernes*, 2^e édit., 1863, p. 203.

Cet opuscule est, si je ne m'abuse, le premier qui soit sorti de la plume de notre collègue. J'espère que M. Damesme continuera ses recherches, et en admettant qu'il veuille se borner, comme il le dit lui-même, à établir « des voies de communication entre les grands architectes de la science de tous les pays, » il trouvera là encore un assez large développement de son activité. L'histoire de Walter n'a jamais été traduite tout entière dans notre langue, et, pour rentrer plus spécialement dans les études ordinaires de M. Damesme, pourquoi ne ferait-il pas connaître à la France les ouvrages de Geib ou de Rein, en les complétant par les travaux postérieurs qui ont pu les modifier sur certains points? Sa scrupuleuse réserve devrait en effet disparaître alors en présence des vingt années écoulées depuis l'apparition de ces remarquables monographies.

E. CAILLEMER.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Législation.

APPLICATION DE LA LOI SUR L'INSTRUCTION DES FLAGRANTS DÉLITS.

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

I.

1. — Quelque favorable que soit une loi nouvelle, ce n'est jamais sans efforts que la jurisprudence en trace la voie : — ne serait-ce que de la répugnance des esprits prévenus dont il lui faut vaincre l'opposition; mais la destinée des véritables améliorations est de s'imposer de haute lutte; la loi du 20 mai 1863 sur l'instruction des flagrants délits est trop bien à cet égard l'expression d'un progrès pour ne pas triompher avant peu de toutes les résistances.

La pensée de haute sollicitude pour la liberté individuelle qui l'a inspirée devait en première ligne lui conquérir la faveur des corps judiciaires dont elle a *démocratisé*¹ les attributions; le concours qu'on pouvait dès lors en attendre rassurait si bien contre toutes les difficultés de son application, que la chancellerie n'a pas cru nécessaire de les prévoir ou prévenir par une instruction générale; il était douteux d'ailleurs, à considérer la simplicité du système, qu'il pût s'en présenter de nature à en compromettre l'efficacité.

Il n'en a pas été ainsi : — sans prétendre devancer les solutions de la jurisprudence, à qui seule il appartient de fixer le sens et la portée des lois, il ne me semble pas sans intérêt d'examiner quelques-unes des difficultés que l'application de la loi nouvelle a permis d'entrevoir; les signaler est parfois un moyen de les prévenir. Il n'est pas indifférent, dans tous les cas, pour son interprétation, d'apprécier ses premiers essais, car des premiers pas de sa pratique dépendent plus qu'on ne pense les bienfaits de son développement.

¹ En les rendant plus accessibles et plus immédiates.

II.

2. — PRINCIPLE. La loi du 20 mai 1863 procède de ce principe dominant en matière d'organisation judiciaire « *qu'il faut n'employer que le temps et le personnel strictement nécessaires pour la constatation du délit et de la culpabilité, juger simplement ce qui est simple, et accélérer d'autant plus le jugement que le délit est d'une importance plus minime.* »

3. — BUT DE LA LOI. Ce but est d'affranchir autant que possible de toute détention préventive les individus arrêtés en état de flagrant délit, lorsqu'à raison des circonstances l'affaire se trouve de prime abord en état d'être jugée.

4. — MOYENS DE LA LOI. Le législateur a voulu en conséquence que le procureur impérial pût alors saisir le tribunal le jour même ou le lendemain, au plus tard, de l'arrestation de l'inculpé. — L'innovation ajoutée aux droits du ministère public des moyens nouveaux de saisir l'audience et d'y traduire *d'urgence* l'inculpé.

C'est faute de s'être bien pénétré de cette intention de la loi et de son caractère que les magistrats n'ont pas tous également apprécié les circonstances de son application.

5. — Sous l'empire de cette fausse idée que la loi du 20 mai n'était faite que pour accélérer la poursuite dans les grands centres, qu'il n'y avait lieu par conséquent de rien changer à la pratique des parquets dans les villes de moindre importance, certains procureurs impériaux ont cru devoir subordonner, comme par le passé, la comparution des inculpés devant le tribunal, à la réception des bulletins du casier judiciaire, et mettre pour les attendre les affaires à l'instruction.

Une pareille manière de procéder ne saurait s'accorder en aucune façon avec le système de la procédure sommaire organisée pour les cas de flagrant délit, et moins encore avec la pensée qui l'a inspirée. « Le casier judiciaire n'a pas encore « été élevé à la hauteur d'un principe de droit ou même d'une « règle de procédure qu'il soit permis d'opposer au bienfait de « l'abréviation des détentions préventives. On ne peut mettre « en effet en parallèle une question d'état civil judiciaire avec « les droits de la liberté individuelle. » — La loi n'aurait plus,

d'ailleurs, ni résultat ni raison d'être si elle ne devait tout au moins affranchir la poursuite des investigations accessoires qui, sans rien ajouter à la constatation *du fait* et à *la culpabilité* de son auteur, peuvent en retarder le jugement.

6. — Ce n'est pas à dire cependant que MM. les procureurs impériaux doivent négliger ou s'abstenir de consulter les casiers judiciaires et de demander à leurs collègues le bulletin des inculpés, mais qu'ils ne doivent pas attendre de les avoir reçus pour saisir les juges¹, sauf ensuite à ces derniers à renvoyer l'affaire à trois jours ou à huitaine, en vertu de l'article 5 de la loi du 20 mai, s'il résultait des renseignements ou de l'instruction à l'audience que le prévenu est ou peut être en état de récidive légale, et sauf encore au ministère public à interjeter appel à *minimâ* si les bulletins judiciaires, reçus après sa condamnation, le rendaient nécessaire pour mieux faire proportionner la peine au degré de perversité du condamné.

En conséquence,

7. — Lorsque l'inculpé est arrêté, si le délit est *flagrant, avoué et manifeste*; si l'appréciation *du fait en lui-même* et de la *culpabilité* exclut toute complication possible; si, en un mot, l'affaire se trouve dès le principe en état d'être jugée, le ministère public ne doit pas hésiter à saisir le tribunal par voie de traduction immédiate à l'audience ou par voie de citation directe et d'urgence pour l'audience du lendemain².

¹ Il en serait autrement si le bulletin était indispensable pour établir l'existence même du délit : tel serait le délit de rupture de ban, dans le cas où l'on ne peut autrement se procurer la preuve que l'inculpé est placé sous la surveillance de la haute police; il est évident que le ministère public doit alors, s'il veut maintenir l'arrestation, mettre l'affaire en instruction et requérir mandat de dépôt; il ne faut pas toutefois induire de cette observation que le délit de rupture de ban échappe ainsi par sa nature à l'application de la loi nouvelle, car ce n'est point par sa nature, mais par la difficulté de sa preuve immédiate, qu'il peut *quelquefois* y échapper. — La loi lui est applicable si cette preuve est possible, et elle est possible lorsque l'inculpé est arrêté dans la circonscription du tribunal qui l'a condamné à la surveillance, ou du tribunal de son domicile d'origine au greffe duquel se trouve alors son bulletin du casier judiciaire, ou encore lorsque l'autorité administrative locale peut immédiatement fournir au ministère public l'arrêté d'internement de l'inculpé ou son itinéraire (V., au sujet du vagabondage, n° 27).

² Les circulaires ministérielles n'ont jamais cessé de recommander aux

III.

8. — La seconde difficulté que la pratique de la loi a signalée est celle de savoir si le tribunal saisi en vertu de la loi nouvelle peut *d'office* refuser de statuer et repousser provisoirement l'instance si le fait ne se présente pas dans les conditions voulues par cette loi, soit que l'inculpé n'ait pas été arrêté en état de flagrant délit, soit parce que le délit n'est pas un de ceux auxquels ladite loi est applicable.

La question a été récemment soulevée devant le tribunal correctionnel de Saumur, qui l'a résolue dans le sens de l'affirmative; mais la Cour d'Angers a condamné en appel cette doctrine.

Pour sainement apprécier la valeur juridique des deux systèmes qui se sont ainsi trouvés en présence, il est indispensable de se bien rendre compte du système de la loi, et de se bien pénétrer de l'importance relative des intérêts qu'elle régit en les considérant dans les diverses situations que l'application de la loi prévoit ou suppose.

9. — LE SYSTÈME DE LA LOI. Un délit est commis; deux voies s'ouvrent d'abord devant la poursuite du ministère public, en vertu des dispositions du Code d'instruction criminelle :

La voie de *l'instruction préalable*,

La voie de *la citation directe* à trois jours francs.

Si le coupable est arrêté, le magistrat n'a plus le choix ;

magistrats de procéder par voie de citation directe lorsque le fait était constaté et la culpabilité avouée ou évidente, et de ne requérir l'instruction que pour les affaires compliquées dont l'instruction ne pouvait se faire à l'audience. Voici comment s'exprimait à ce sujet une circulaire du 23 septembre 1812 : « Il ne faut instruire préparatoirement que quand il y a incertitude « sur l'existence ou le caractère du délit ou sur la désignation des prévenus. « Si le prévenu est arrêté, un simple interrogatoire suffit; tout autre acte « de procédure est inutile et frustratoire; la véritable instruction est celle « qui se fait à l'audience. » L'état de récidive n'étant pas d'ailleurs, à proprement parler, une circonstance *aggravante du fait* (Cass., 11 juin 1812; Sir., *Coll. nouv.*, t. IV, 1^{re} partie, p. 119; — V. aussi Cass., 13 mai 1859, arrêt dans l'intérêt de la loi), les soupçons ou les doutes que pourrait avoir à cet égard le procureur impérial ne sauraient, seuls, l'autoriser à mettre l'affaire à l'instruction.

l'arrestation lui impose l'instruction préalable, elle en est le premier acte, et il faut aboutir.

La loi du 20 mai ajoutant sur ce point à ses attributions, lui permet d'affranchir le prévenu de cette onéreuse et pénible garantie, et lui ouvre deux voies nouvelles :

La voie de la *traduction immédiate et sans citation* de l'inculpé devant le tribunal,

La voie de la *citation directe et d'urgence à délai de moins d'un jour*¹.

Ces deux modes accélérés de saisir subitement le tribunal ne lui sont toutefois permis que si le délit s'est produit avec les trois circonstances suivantes :

1° Que *le fait soit prévu et puni comme délit*² *par le Code pénal, sans être toutefois un délit de presse ou un délit politique* (art. 7) ;

2° Que son auteur ait été surpris *en état de flagrant délit* ou comme *en état de flagrant délit*, dans les cas spécifiés par l'article 41 du Code d'instruction criminelle (V. art. 1, exposé des motifs et rapport de la commission) ;

3° Enfin *qu'il ait été arrêté* (art. 1).

¹ Cette dérogation au système du Code d'instruction criminelle n'est pas nouvelle dans notre législation : l'article 4 de la loi du 9 septembre 1835 sur la poursuite des délits politiques, autorisait le procureur général, sur le vu de la procédure communiquée en vertu de l'article 61 du Code d'instruction criminelle, après instruction préalable, à saisir la Cour d'assises par voie de citation directement donnée aux prévenus arrêtés, en état d'accusation, nonobstant la règle consacrée *electâ und viâ non regreditur ad alteram*. — Tant il est vrai qu'il n'est pas dans la législation d'autre principe immuable et supérieur que celui-ci : simplifier les formes, arriver à la justice par la voie la plus courte et la plus sûre ; en un mot, faire mieux ; — car les lois, comme les formes, n'ont qu'une utilité de temps et de relation ; le progrès est la loi de l'homme perfectible.

² Je ne verrai cependant aucune raison bien concluante pour ne pas assimiler aux *flagrants délits* proprement dits, les *crimes flagrants* que le Code pénal a transformés en véritables délits de la compétence des tribunaux correctionnels dans les cas prévus par son article 68, à savoir : les crimes flagrants commis par des enfants âgés de moins de seize ans. — On ne saurait trop étendre l'application d'une loi favorable, surtout quand cette application doit avoir pour résultat d'épargner aux enfants le séjour démoralisateur des prisons, et un surcroît de honte à leur famille ; à quoi bon d'ailleurs retarder, par une instruction préalable et qui n'apprendra rien de plus, le jugement d'un fait manifeste qui, le plus souvent, ne doit pas entraîner condamnation à l'emprisonnement ? (V. art. 66 et 67 du Code pénal.)

10. — Lorsque ces trois circonstances se trouvent réunies, le procureur impérial a l'option entre les quatre voies de poursuites, les quatre modes de saisir le tribunal qui viennent d'être indiqués.

Le caractère conditionnel des mots *s'il y a lieu* de l'article 1 de la loi ne me paraît pas en effet comporter une autre idée.

Art. 1. — Tout inculpé arrêté en état de flagrant délit, pour un fait puni de peines correctionnelles (autres toutefois qu'un délit de presse ou politique, ou un délit dont la procédure est réglée par les lois spéciales, art. 7), est immédiatement conduit devant le procureur impérial qui l'interroge et, *s'il y a lieu*, le traduit sur-le-champ à l'audience.

Dans ce cas, le procureur impérial peut mettre l'inculpé sous mandat de dépôt.

Le rapporteur de la commission du Corps législatif a d'ailleurs bien pris soin de dissiper à cet égard toute espèce de doute en précisant de la manière suivante la portée des expressions soulignées :

« Dans les cas de flagrants délits, il importe de laisser au « ministère public l'option entre le renvoi de l'inculpé devant le juge d'instruction ou le renvoi devant le tribunal « (par voie de citation directe, ou d'urgence, ou de traduction « immédiate, c'est sous-entendu).

« C'est dans ce sens qu'il faut interpréter le *s'il y a lieu* de « l'article 1, qui, au premier abord, paraît se limiter entre la « mise en liberté et la *traduction* immédiate devant le tribunal. »

Cette interprétation n'exclut pas, bien entendu, la faculté pour lui de laisser l'inculpé en liberté, car elle lui est formellement réservée par cette disposition du § 2 qui lui confère le pouvoir tout facultatif de le placer sous mandat de dépôt.

11. — Juge de la direction et des mesures de précaution que comporte sa poursuite, le procureur impérial ne relève dès lors que de ses chefs hiérarchiques en ce qui concerne l'abus qu'il aurait fait de son pouvoir sur ce point; — la nature, essentiellement discrétionnaire de ce pouvoir, repousse ainsi la doctrine qui voudrait en subordonner l'exercice à la sanction des

tribunaux en leur reconnaissant le droit de repousser d'office l'instance dont ils auraient été saisis lorsqu'ils n'en approuveraient pas l'introduction, et de contraindre ainsi le ministère public à procéder autrement qu'il n'a fait.

Nulle part dans la loi ne se rencontre la trace d'une pareille pensée; le contraire s'y découvre en toutes lettres; les expressions *s'il y a lieu* de l'article 1 ne veulent pas dire autre chose; elles indiquent clairement, ainsi que l'a déclaré le rapporteur de la commission, que le procureur impérial est libre de choisir entre les voies qui s'ouvrent devant sa poursuite; que le législateur a entendu s'en rapporter à ses appréciations pour décider *si le tribunal devait être ou non saisi d'urgence du délit dont l'auteur arrêté était conduit devant lui*; et ce qui le prouve mieux encore, c'est que le législateur n'a pas donné aux tribunaux le seul moyen efficace de sanction qu'il pouvait leur confier, à savoir de faire des circonstances que la loi exige une condition, *sine quâ non*, de leur compétence, ce qui leur eût permis de repousser l'instance lorsque le ministère public l'aurait engagée en dehors des cas de son application légale; — alors, mais alors seulement, on aurait raison de prétendre avec un orateur de la discussion que « les tribunaux serviraient « de contre-poids et de garantie au droit excessif dont la loi « armait le procureur impérial; » cela n'est vrai et ne peut être que dans certains cas et sur les réclamations de l'inculpé; — mais *d'office*, jamais. L'inobservation de la loi sur ce point n'invalide pas plus *la traduction* immédiate de l'inculpé devant le tribunal, que l'omission des formes prescrites en matière de citation ne dessaisit le juge. Ce ne sont pas là des nullités d'ordre public qu'il lui appartient de relever si l'inculpé ne les relève pas (V. Cass., 16 juillet 1846; B. cr., 182 et 183; — et F. Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, t. VII, p. 618, 639).

12. — Du moment où les faits qui leur sont déférés appartiennent à leurs juridictions, les tribunaux ne peuvent se refuser à en connaître; ils doivent juger sans se préoccuper des motifs qui ont déterminé le ministère public à affranchir l'inculpé, qui ne réclame pas, des onéreuses garanties d'une instruction préalable ou des délais ordinaires des citations directes; — tout ce qui leur est alors permis, c'est d'ajourner le jugement de l'affaire

si elle n'est pas en état d'être jugée. — Il importait de prévenir à cet égard toute hésitation.

IV.

13. — Mais ce qu'il ne peut faire *d'office*, le tribunal ne le pourrait-il sur la demande et les réclamations de l'inculpé? — La question ici change de face; elle ne se produit plus, en effet, comme une question *d'attribution* entre le tribunal et le ministère public, mais comme une question *de procédure* entre ce dernier et la partie poursuivie.

A ce point de vue plus spécial, le caractère bien apprécié de l'innovation introduite par la loi du 20 mai 1863, renvoie la solution de la difficulté à la jurisprudence établie sur les dispositions du Code d'instruction criminelle.

14. — En quoi consiste en effet cette innovation? Uniquement dans un mode spécial de saisir d'urgence le tribunal correctionnel et de contraindre l'inculpé dans ce cas à comparaître.

Mais cette procédure sommaire et d'urgence n'étant, aux termes de la loi, applicable que dans les conditions qu'elle indique, il s'ensuit qu'en dehors de ces conditions le prévenu aura été irrégulièrement traduit devant le tribunal. — Qu'en résultera-t-il? — Réduite à ces termes, la difficulté se trouve transportée sur le terrain commun des principes consacrés en matière de citations ou de comparutions irrégulières.

Toutefois, avant de préciser les solutions que l'analogie fait ici pressentir, on nous permettra de rechercher à la suite de quelles circonstances négligées ou mal appréciées la difficulté peut se produire en incident d'audience. — Nous y découvrirons peut-être le moyen de la prévenir.

15. — L'inculpé est conduit devant le procureur impérial; — le premier devoir de ce magistrat sera d'écouter ses explications, d'entendre les agents qui l'ont arrêté et les témoins qui les auront suivis, de les confronter avec l'inculpé, et de se saisir des pièces de conviction; — le second, d'examiner s'il y lieu de procéder contre lui suivant les voies ordinaires du Code d'instruction criminelle ou en vertu de la loi du 20 mai 1863.

C'est ici la partie difficile et délicate de ses attributions;

car de son appréciation et de sa résolution dépendra la régularité de la procédure.

Il devra donc ne rien négliger pour s'assurer si effectivement l'inculpé a été arrêté en état de flagrant délit ou comme en état de flagrant délit, dans l'une des situations spécifiées par l'article 41 du Code d'instruction criminelle, si le délit est un de ceux auxquels la nouvelle loi est applicable, si enfin à raison des circonstances constatées, de l'ensemble des témoignages ou de l'aveu, la preuve du délit et de la culpabilité peut être immédiatement et judiciairement établie, en d'autres termes si, comme le donne à entendre l'article 5 de la nouvelle loi, *l'affaire se trouve en état d'être jugée*¹.

16. — Existe-t-il des doutes sur l'identité de l'inculpé, sur sa culpabilité, sur le caractère ou l'existence des faits qui lui sont imputés? la preuve en serait-elle difficile ou compliquée? — Ce n'est pas le cas d'agir suivant les formes accélérées de la procédure sommaire; le procureur impérial devra procéder alors, conformément aux règles ordinaires, soit par voie d'*instruction préalable*, soit par la voie de *la citation directe* à trois jours de délais.

Tout est-il, au contraire, constaté, découvert, le coupable

¹ *En état d'être jugée*. Il ne faut pas entendre par là que l'information du procureur impérial ait tellement mis en lumière toutes les circonstances de la situation judiciaire de l'inculpé, qu'il n'y ait pour le tribunal plus rien à faire qu'à constater les résultats de cette information première et appliquer la loi. — Cette interprétation se concilierait mal en effet avec l'article 5 qui suppose si peu que l'affaire est d'une manière absolue *en état de recevoir jugement*, qu'elle l'autorise à la renvoyer à une autre audience pour plus ample information.

L'affaire doit se trouver dans cet état de demi-instruction qui permette d'apprécier le caractère du fait et le degré de culpabilité de son auteur, sauf au tribunal à vérifier par son instruction à l'audience les points douteux ou restés dans l'ombre.

Il ne faudrait pas dès lors, ainsi que nous l'avons dit, se trop attacher à la connaissance préalable des antécédents judiciaires de l'inculpé pour retarder son jugement; la présomption qu'il est ou peut être récidiviste saurait d'autant moins autoriser la mise à l'instruction de l'affaire, que la récidive n'est pas une circonstance aggravante de nature à modifier le caractère du fait, qu'il est seulement un état personnel du prévenu qui entraîne l'aggravation de la peine (Cass., 13 mai 1859, dans l'intérêt de la loi). — Il en serait autrement de son identité; — il faudrait instruire s'il était inconnu et refusait de se faire connaître.

avoué, il est connu, la preuve est facile; il n'y a pas à hésiter, le tribunal doit être immédiatement saisi; mais ici un double mode de procéder est possible, suivant que le tribunal est en séance ou que l'audience est terminée.

17. — Le tribunal est en séance ou va entrer en séance; c'est le cas de procéder par voie de *traduction immédiate à l'audience*. — Le procureur impérial ordonnera à cet effet, aux agents qui ont opéré l'arrestation, de conduire l'inculpé, sans citation préalable, à la barre du tribunal.

Sans citation : — l'article 3 qui permet de requérir *verbale-ment les témoins*, et l'article 2 qui n'exige citation que pour le cas où il y a lieu de renvoyer au lendemain, indiquent assez que l'article 1 n'en exige pas pour la traduction de l'inculpé devant le tribunal, le jour de l'arrestation; — le temps manquerait d'ailleurs pour la donner, ainsi que le remarque, pour les témoins, l'auteur de l'exposé des motifs, dont l'opinion, d'accord avec celle du rapporteur de la commission du Corps législatif, ne laisse à cet égard aucune espèce de doute.

Les réquisitions du ministère public déclarant au tribunal traduire l'inculpé ainsi conduit à la barre, valent citation et saisissent les juges comme aurait pu le faire une citation régulière.

18. — Si l'audience est terminée, le procureur impérial fera citer l'inculpé pour l'audience du lendemain¹; il pourra, en attendant, le placer en état de mandat de dépôt ou le laisser

¹ Le tribunal sera spécialement convoqué, dit l'article 2. Cette convocation peut quelquefois rencontrer des difficultés dans les tribunaux des deux chambres (chambre civile et chambre correctionnelle) qui n'ont qu'une seule salle d'audience. Il pourrait arriver, en effet, que la chambre civile n'eût pas terminé son audience au moment où la chambre correctionnelle viendrait en séance extraordinaire; on pourrait remédier à ces embarras, non point en autorisant la chambre civile à juger les flagrants délits les jours où elle tiendrait audience, car ce serait confondre dans un même rôle les affaires civiles et les affaires correctionnelles que le décret du 10 août 1810 (art. 4) a divisées entre les deux chambres, mais en modifiant le règlement intérieur de manière que les audiences civiles ayant toujours lieu le matin, la salle d'audience pût toujours être libre à cinq heures du soir, et fixer cette heure pour celle des audiences exceptionnelles des flagrants délits. Dans les villes de second ordre, ces délits étant d'ordinaire peu nombreux et d'une instruction prompte, les juges auraient un temps plus que suffisant pour les juger de cinq à six heures. — Cette combinaison aurait ainsi l'avantage de ne rien changer aux usages reçus.

en liberté, suivant le degré de confiance qu'il aura de le voir comparaître sur la citation.

19. — Dans ce cas comme dans le précédent ¹, les témoins pourront être verbalement requis d'avoir à venir déposer à l'audience; le procureur impérial ne devra pas pour cela s'en rapporter au choix des agents; il devra, comme pour les témoins à citer, désigner ceux dont la déposition lui paraîtra nécessaire pour la découverte de la vérité, sans distinction de ceux qui lui auraient été désignés par les agents ou par l'inculpé lui-même.

20. — Le tribunal est saisi, le prévenu est à sa barre; mais voilà qu'avant toute défense au fond se produit un doute sur la régularité de l'instance.

Contrairement à l'opinion du ministère public, le tribunal constate que l'inculpé n'a pas été arrêté en état de flagrant délit, ou que le fait qui lui est imputé n'est pas de ceux auxquels la loi du 20 mai est applicable; que doit-il faire? annulera-t-il la procédure commencée, et le mandat de dépôt décerné peut-être? — ou maintiendra-t-il le tout en renvoyant, en vertu de l'article 5 de la loi nouvelle, à une autre audience, pour donner au ministère public le temps de régulariser sa poursuite? Cela même lui serait-il permis? — Du moment où la loi du 20 mai cesse d'être applicable, son article 5 peut-il encore être appliqué.

A quoi se résoudre? la loi est muette sur ce point.

21. — Ce qui embarrasse le plus dans l'interprétation et l'exécution des lois, ce sont leurs lacunes; les tribunaux pour les combler doivent certainement s'inspirer de l'intérêt général, mais aussi de l'intérêt privé qu'elles sont destinées à satisfaire.

Cet intérêt est ici celui des inculpés, dont la loi nouvelle a surtout voulu améliorer le sort.

¹ L'article 3 de la loi du 20 mai est général; — sa place, après l'article 1 qui prescrit la traduction sans citation et après l'article 2 qui se rapporte aux citations d'urgence, indique suffisamment l'intention du législateur de le rendre applicable aux deux situations qui font l'objet de ces deux articles; — les témoins me paraissent en conséquence pouvoir être requis verbalement à comparaître même lorsque l'inculpé est cité par ministère d'huissier. (V. d'ailleurs la note *in fine* sous l'article 6, 3^e, des règles pratiques).

Les constatations du tribunal les placent dans une situation embarrassante entre deux bénéfices de la loi :

D'un côté le bénéfice de célérité qui les affranchit de toute détention préventive, de l'autre le bénéfice des garanties qu'ils peuvent trouver dans les onéreuses lenteurs du droit commun : à qui appartient-il de choisir, sinon à ceux qui peuvent seuls apprécier lequel vaut mieux de tous ces avantages ?

C'est donc l'intérêt des inculpés que le tribunal devra consulter pour se résoudre, et, comme cet intérêt n'a pas d'organes plus sûrs que les inculpés eux-mêmes, le tribunal pour se prononcer attendra leurs réclamations.

Mais, pour ne rien omettre des difficultés de la situation, il faut distinguer ici entre le cas de *traduction immédiate et sans citation* et le cas de *comparution sur citation d'urgence de la veille*.

22. — I. En cas de *traduction immédiate*, la position de l'inculpé est absolument identique à celle des individus qui comparaissent *sans citation* devant leur juge, ou sur une citation entachée de nullité.

De deux choses l'une alors :

Ou l'inculpé oppose à la poursuite le défaut de citation et déclare faire défaut, ou il accepte l'instance et consent à comparaître sans citation.

Dans la première hypothèse, l'inculpé ne peut être ni condamné par défaut ni acquitté ; le tribunal, irrégulièrement saisi, doit, sur sa réclamation, surseoir à statuer, afin qu'une citation régulière puisse lui être donnée ; le Code d'instruction criminelle, articles 147 et 176, ne permet en effet de prononcer une condamnation par défaut que contre un individu valablement cité (Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. VII, p. 618).

Qu'il ait été ou non alors placé en état de mandat de dépôt, l'inculpé doit être mis en liberté, ainsi que nous le démontrons tout à l'heure.

Dans la seconde hypothèse, le consentement du prévenu couvre l'irrégularité de l'instance : *sa comparution* alors *volontaire*, car sa nouvelle situation le délivre des liens du mandat de dépôt (V. n° 24), saisit le tribunal et lui donne le droit de statuer sur la prévention et sur tout ce qui s'y rattache comme résultant des débats (Cass., 9 juin 1853 ; B. cr., 208. — Agen,

22 nov. 1854. — Faustin Hélie, *Traité d'instr. crim.*, t. VII, p. 618).

23. — II. En cas d'une citation d'urgence, deux situations sont à considérer :

a) *L'inculpé laissé en liberté* (n° 18) *ne comparait pas*; — le tribunal devra surseoir à statuer. — Il ne pourrait, en effet, ni acquitter ni condamner par défaut un inculpé absent, *non régulièrement cité* (Cass., 14 avril 182 ; B. cr., 135. 2 oct. 1840; B. cr., 295. — F. Hélie, t. VII, p. 642). Pour prévenir cet incident, les procureurs impériaux devront donc ne jamais négliger de faire citer à trois jours francs, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, les inculpés qu'ils n'auraient pas jugé à propos de placer sous mandat de dépôt, lorsqu'il y aura le moindre doute sur l'applicabilité de la loi du 20 mai 1863.

b) *L'inculpé placé sous mandat de dépôt est à l'audience*; — entre lui et le ministère public il n'existe d'autre irrégularité que l'inobservation des délais ordinaires de citation; ces délais n'étant accordés par la loi que dans l'intérêt des prévenus, c'est à eux seuls à en réclamer le bénéfice; le tribunal ne saurait en conséquence se prévaloir de leur inobservation pour, *d'office*, repousser l'instance; la citation à trop bref délai n'est pas nulle pour cela (Cass., 25 févr. 1819; B. cr., 28. — 14 avril 1832; D. P., 32, 1, 189; — 16 juillet 1846; 49, 2, 117. — Mangin, t. II, n° 357); le tribunal est saisi, il doit rester saisi et veiller seulement, sur la demande de l'inculpé, à lui conserver entiers les moyens légaux de sa défense.

Déclare-t-il à cet effet vouloir faire défaut, qu'à cela ne tienne, c'est son droit (F. Hélie, t. VII, p. 807. — Cass., 12 déc. 1834 (Lebon); 13 août 1859 (Poitevin). Mais son exercice ne s'oppose pas à ce que le tribunal qui en a le droit le juge par défaut.

Réclame-t-il seulement à raison du trop bref délai de la citation, les juges pourront y suppléer en lui accordant un délai suffisant pour préparer sa défense, non par application de l'article 5 de la loi du 20 mai 1863, comme l'a à tort décidé l'arrêt d'Angers dont nous parlerons plus loin, parce que ladite loi est alors inapplicable, mais en vertu du droit ordinaire qui leur permet d'ajourner à un autre jour la continuation de l'affaire.

L'inculpé ne réclame pas, il accepte le débat; l'instance est alors très-régulièrement liée, les juges prononceront contradictoirement.

24. — Quelle que soit dans toutes ces hypothèses la décision à intervenir, le prévenu, même en cas de condamnation à l'emprisonnement, devra être mis immédiatement en liberté et y rester jusqu'à ce que le jugement soit devenu définitif, à moins que le ministère public n'ait paralysé la chose jugée par un appel *immédiat*¹.

Cette solution qui peut avoir de quoi surprendre est cependant la conséquence juridique de la situation.

Le tribunal ayant reconnu la loi nouvelle non applicable, la poursuite n'a jamais cessé d'être régie par les règles du droit commun; c'est donc par ces règles qu'il faut apprécier la validité du mandat de dépôt que peut avoir décerné le procureur impérial.

La loi du 20 mai lui confère seule ce droit dans les circonstances qu'elle indique; or jamais l'inculpé ne s'est exposé à son application: délivré en dehors des cas où la loi l'autorise, le mandat de dépôt de ce magistrat n'a jamais eu pour lui la base qui lui donnait force légale d'arrestation. Ce n'est plus dès lors qu'un acte invalide et nul, dont les liens tombent d'eux-mêmes, entraînant avec eux l'acte d'écrou qu'il avait motivé.

Le procureur impérial aura donc à requérir, non point mainlevée de son mandat, ce qui en supposerait la validité, mais purement et simplement la radiation de l'écrou, la mise en liberté de l'inculpé arbitrairement détenu, et procédera, s'il en est besoin, à cet effet, conformément aux dispositions protectrices de la liberté individuelle des articles 615 et suivants du Code d'instruction criminelle, en se fondant sur la nullité radicale de son titre d'incarcération.

Les officiers du ministère public comprendront ici que, pour n'avoir pas ainsi à revenir sur les erreurs de leurs premiers actes, ils devront ne pas user à la légère du mandat de dépôt;

¹ Le condamné ne pourrait par son appel se priver du bénéfice de la décision et faire sa condition pire. Ce bénéfice lui étant acquis dès que le jugement est rendu, il n'y aurait qu'un appel *immédiat* du ministère public qui pourrait en arrêter l'effet, et empêcher sa mise en liberté.

ils ne sauraient en conséquence trop s'assurer, lors de l'interrogatoire de l'inculpé et des agents, si en effet l'arrestation a eu lieu en état de flagrant délit et dans les circonstances voulues pour l'application de la loi nouvelle.

V.

25. — Nous avons précédemment signalé le tribunal de Saumur comme ayant rendu, à l'occasion de la loi du 20 mai 1863, un jugement à bon droit infirmé, le 23 juin 1863, par la Cour impériale d'Angers. Il nous sera facile d'apprécier maintenant, d'après ce qui précède, les erreurs et les raisons juridiques de ces deux décisions.

Il s'agissait, devant le tribunal de Saumur, d'un individu arrêté en état flagrant de vagabondage, que le procureur impérial avait fait citer d'urgence, en vertu de l'article 3 de ladite loi, le 10 juin dernier.

Les juges ne trouvant pas suffisantes les preuves du délit qui leur était déféré, le ministère public demanda le renvoi de l'affaire par application de l'article 5, afin de pouvoir se procurer les renseignements qui lui manquaient pour justifier la prévention.

Le tribunal, considérant l'instance comme irrégulièrement engagée, refusa le renvoi et déclara se dessaisir par les motifs suivants, qu'il importe de connaître :

« Attendu qu'il résulte des termes de l'article 1 de la loi du
 « 20 mai 1863 que l'exercice du droit conféré au procureur
 « impérial, d'interroger le prévenu et de le traduire sur-le-
 « champ à l'audience, est subordonné à l'arrestation de ce
 « prévenu en état de flagrant délit, et qu'il appartient dès
 « lors au tribunal de rechercher si Malard a été arrêté en
 « état de flagrant délit de vagabondage;

« Attendu qu'un individu trouvé sans papier régulier et
 « sans argent dans un pays où il est inconnu, n'encourt l'ap-
 « plication de l'article 271 du Code pénal que s'il est en outre
 « établi qu'il n'a ni domicile certain ni moyens de subsistance,
 « et qu'il n'exerce habituellement ni métier ni profession;

« Attendu que le délit de vagabondage qui, aux termes
 « dudit article, ne consiste pas dans un seul acte de l'agent

« s'accomplissant dans un même trait de temps et pouvant
 « être constaté instantanément par un ou plusieurs témoins,
 « mais en une série de faits ou plutôt d'abstentions qu'il faut
 « souvent rechercher et suivre durant plusieurs mois, ne
 « saurait guère être flagrant et qu'il ne peut l'être surtout
 « quand son existence même est douteuse ;

« Par ces motifs, dit que le prévenu n'a pas été arrêté en
 « état de flagrant délit, qu'il a été indûment traduit à l'au-
 « dience de ce jour devant le tribunal spécialement convo-
 « qué, et qu'il n'y a lieu de statuer sur le délit de vagabon-
 « dage qui lui est imputé, sauf à M. le procureur impérial à
 « aviser dans l'intérêt de la répression. »

Jugement du 10 juin 1863.

26. — Ce système consacrait une double erreur :

D'une part, en effet, le tribunal s'arrogeait le droit de relever d'office, dans l'introduction de l'instance, une irrégularité de forme dont l'inculpé seul était en droit de se prévaloir (n^{os} 11 et 12).

De l'autre, il confondait l'existence même du délit de vagabondage qui ne peut jamais être qu'un *état flagrant* (art. 270 C. pén.) avec sa preuve qui peut quelquefois ne pas être facile.

27. — Sur l'appel du ministère public, la Cour d'Angers infirma cette décision qui ne tendait à rien moins qu'à exclure de l'application de la loi le délit de vagabondage, précisément signalé, dans l'exposé des motifs, comme celui de tous qui pouvait le mieux profiter du bénéfice de la nouvelle procédure¹ et restreindre ainsi la portée de la loi.

Voici quels ont été les motifs de cette infirmation :

« Considérant que le délit de vagabondage peut être constaté au moment même de l'arrestation, tant par des
 « témoins connaissant depuis longtemps les habitudes du
 « prévenu que par des poursuites et des condamnations
 « antérieures et par des aveux... ;

« Considérant qu'en admettant avec le tribunal de Saumur

¹ Le conseiller d'État, chargé de présenter la loi à la discussion du Corps législatif, a choisi le délit de vagabondage comme un exemple destiné à faire mieux comprendre le mécanisme et les bienfaits de la procédure sommaire.

« que le flagrant délit ne fût pas constant, que l'affaire ne
 « fût pas en état, c'est-à-dire que les deux conditions exigées
 « par les articles 1 et 5 de la loi du 20 mai 1863 ne se ren-
 « contrassent pas dans l'espèce qui lui était soumise, le tri-
 « bunal saisi ne pouvait se refuser à statuer sur la poursuite,
 « tout irrégulière et inopportune qu'elle fût; que le moyen
 « de la régulariser et de rendre à la justice le cours qu'elle
 « aurait dû suivre est expressément indiqué par ledit arti-
 « cle 5 et qu'il y avait lieu de renvoyer à l'une des plus pro-
 « chaines audiences; que le commissaire du gouvernement,
 « M. Suin, s'est exprimé dans ce sens, lors de la discussion
 « de la loi, en disant : « Si le tribunal n'est pas suffisam-
 « ment édifié, il remet à une audience subséquente; » que
 « la loi est formelle à cet égard;

« Par ces motifs, fait droit à l'appel, infirme le jugement,
 « et, statuant à nouveau, acquitte le prévenu faute de preuve
 « du délit. »

La Cour me paraît s'être trop préoccupée en cette circon-
 stance de ce côté de la doctrine du tribunal de Saumur qui
 tendait à exclure le délit de vagabondage de l'application de
 la loi du 20 mai, et pas assez de celui où sa décision reconnaît
 implicitement aux tribunaux correctionnels le droit d'examiner
 d'office si le fait comportait ou non dans le principe la procé-
 dure sommaire organisée par cette loi, et de se faire ainsi juges
 de la direction des poursuites.

Son arrêt mérite d'ailleurs un autre reproche pour avoir ad-
 mis, par une contradiction inexplicable, la possibilité juridique
 d'appliquer l'article 5 de la loi du 20 mai 1863, dans les cas où
 l'affaire cesse d'être sous l'application de cette loi.

28. — Quoi qu'il en soit, cette décision ne sera pas sans
 influence, et nous pouvons ici, en manière de conclusion, en
 déduire ce double enseignement :

Pour les procureurs impériaux, qu'ils doivent n'user de la
 faculté exceptionnelle de procéder suivant les formes accéléré-
 es de la loi nouvelle que dans les cas où ils sont en mesure
 de démontrer la culpabilité du prévenu arrêté en état de fla-
 grant délit;

Pour les juges, qu'ils doivent se bien pénétrer de l'esprit
 d'une loi destinée à abrégé autant que possible la détention

préventive et ne pas retarder ce résultat par des involutions de procédure et une résistance puérile contre les efforts des parquets.

VI.

28. — Les magistrats instructeurs, pas plus que les tribunaux, ne pourraient d'autre part se constituer juges des motifs qui déterminent les procureurs impériaux à préférer, dans la poursuite des flagrants délits, la voie de *l'instruction préalable* à la *procédure accélérée* de la loi nouvelle.

Requis d'informer et compétents, ils ne sauraient légalement s'y refuser sous le prétexte que l'affaire se trouvant en état d'être jugée une instruction préalable est inutile et moins encore que la loi nouvelle leur aurait enlevé l'instruction des flagrants délits, pour exclusivement l'attribuer aux procureurs impériaux.

Un arrêt de la chambre des mises en accusation de la Cour d'Angers a récemment consacré ce point de doctrine en infirmant, sur l'opposition du ministère public, une ordonnance de refus d'informer, rendue par un juge d'instruction à l'occasion d'un inculpé également arrêté en état flagrant de vagabondage.

Cette décision, qui confirme nos précédentes observations, précise trop bien la portée de la loi pour que nous n'en fassions pas connaître les très-remarquables motifs :

« Considérant que la loi du 20 mai 1863 n'a eu pour but
 « que de simplifier, à l'égard des inculpés arrêtés en état de
 « flagrant délit pour des faits punis de peines correction-
 « nelles, l'exercice du droit de citation directe appartenant
 « au ministère public devant les tribunaux de police correc-
 « tionnelle, en autorisant celui-ci, quand il croit convenable
 « de prendre cette voie, à traduire sans délais les inculpés
 « à l'audience du tribunal et à les placer sous mandat de
 « dépôt ;

« Que pour mettre, en effet, le ministère public à même
 « de décider s'il doit ou non faire usage de cette faculté
 « laissée à sa souveraine appréciation, la loi veut que les
 « inculpés soient immédiatement conduits devant lui, afin
 « qu'après les avoir interrogés il juge s'il y a lieu de les tra-
 « duire sur-le-champ à l'audience du tribunal ;

« Que ce but et cet esprit de la loi sont clairement indiqués
 « par le texte même de son article premier, dont tous les
 « termes, et notamment les mots *s'il y a lieu*, repoussent, par
 « la place même qu'ils occupent, l'interprétation sur laquelle
 « est motivée l'ordonnance frappée d'opposition, et qui pré-
 « tend, sans aucun fondement, que, par une modification
 « radicale quoique non exprimée du Code d'instruction cri-
 « minelle, la loi a substitué la compétence exclusive des
 « procureurs impériaux à celle des juges d'instruction, dans
 « tous les cas, de flagrant délit punis des peines correction-
 « tionnelles.

« Considérant que si, dans certains cas où la preuve est
 « simple et facile, la loi du 20 mai 1863, pour abrégier la
 « détention préventive des inculpés, a donné au ministère
 « public les moyens de hâter le jugement et le pouvoir de
 « mettre les inculpés sous mandat de dépôt, qui, suivant le
 « Code d'instruction criminelle, n'aurait pu être décerné que
 « par le juge d'instruction et au cours d'une information
 « écrite entraînant des délais inutiles, elle n'a pas entendu
 « sacrifier l'intérêt de la société à celui des inculpés en dés-
 « armant la justice dans les cas de flagrant délit où, à l'aide
 « d'une instruction suivie selon les formes ordinaires, il y
 « aurait nécessité de rechercher, soit les circonstances ayant
 « précédé le fait constaté, soit les antécédents de l'inculpé,
 « soit s'il a eu des complices ;

« Qu'il suit de là qu'en faisant exceptionnellement parti-
 « ciper le procureur impérial à l'un des droits jusqu'alors
 « exclusivement réservés aux juges d'instruction, le législa-
 « teur n'a rien enlevé de leurs droits à ces derniers qui de-
 « meurent toujours compétents pour informer et décerner
 « tous mandats, même en cas d'arrestations faites en cas de
 « flagrant délit, dès que le ministère public, jugeant qu'il n'y
 « a pas lieu d'user de la faculté qui lui est donnée par la loi
 « du 20 mai 1863, les saisit régulièrement par un réquisi-
 « toire ;

« Par ces motifs, ... infirme l'ordonnance du juge d'in-
 « struction et ordonne qu'il sera tenu d'informer et de décer-
 « ner un mandat d'amener contre l'inculpée qui, sur son
 « refus d'informer, a dû être mise en liberté. »

Arrêt du 24 juillet 1863.

Par cette interprétation remarquablement juridique, l'arrêt a déterminé, avec beaucoup de justesse, la portée de la loi ainsi que la limite respective des pouvoirs des procureurs impériaux et des juges d'instruction. Il n'y a rien à y ajouter.

VII.

Si, pour ne pas être sans *utilité pratique*, cette étude devait ici se compléter par l'indication précise de tout ce que les magistrats *doivent faire* pour réaliser l'exécution juridique de la loi du 20 mai 1863, dans les divers cas qu'elle suppose, voici quelles seraient celles que je me permettrai de leur recommander comme répondant le mieux au but et à la pensée du législateur.

On m'excusera, afin de les mieux préciser, d'adopter une formule impérative dont j'ai ailleurs démontré la rigoureuse exactitude pour la rédaction des lois ¹.

RÈGLES PRATIQUES POUR L'EXÉCUTION DE LA LOI
CONCERNANT L'INSTRUCTION DES FLAGRANTS DÉLITS. (LOI DU 20 MAI 1863.)

Art. 1. — Interrogatoire de l'inculpé.

Art. 1. Le procureur impérial devra,

Lorsqu'un individu arrêté en état de flagrant délit sera conduit devant lui, en exécution de l'article 1 de la loi du 20 mai 1863,

1° Recevoir les déclarations des agents qui ont opéré l'arrestation et des témoins qui les auront accompagnés, et les interroger pour s'assurer si l'arrestation a eu lieu réellement en cas de flagrant délit (n° 15);

2° Prendre par écrit leurs nom, profession, âge et domicile, et recevoir d'eux toutes pièces ou documents servant à la conviction du délit ou de preuve de la culpabilité;

3° Interroger ensuite l'inculpé :

a) Sur ses noms, âge, profession, domicile et moyens d'existence;

b) Sur les motifs et les circonstances du délit qui lui est imputé;

¹ V. mon traité de la Rédaction des lois.

c) Sur ses moyens d'excuse et de défense ;
 4° Confronter, s'il en est besoin, l'inculpé avec les agents et les témoins, et prescrire telle mesure qu'il appartiendra pour la constatation plus régulière ou plus complète du délit et de la culpabilité.

Parti à prendre sur l'information (art. 1 et art. 2).

Art. 2. Le procureur impérial devra :

S'il résulte de l'interrogatoire de l'inculpé, des agents et des témoins,

a) Que l'inculpé a été arrêté en état de flagrant délit à raison d'un fait auquel la loi du 20 mai est applicable (art. 1 et art. 7) ;

b) Qu'il n'y a aucun doute sur son identité et sa culpabilité ;

c) Que la preuve du fait et de la culpabilité peut être faite, le jour même ou le lendemain, devant le tribunal ;

Traduire l'inculpé sur-le-champ et sans citation (V. n° 17) devant le tribunal correctionnel, si l'audience du jour n'est pas terminée ;

Dans le cas contraire, si l'audience est terminée, lui faire le jour même donner citation par huissier pour l'audience du lendemain (V. art. 5 ci-dessous) ;

Et, s'il en est besoin pour s'assurer de sa personne, faire incarcérer l'inculpé en décernant contre lui un mandat de dépôt (art. 1, § 2) ¹.

Autre alternative (droit commun).

Art. 3. Le procureur impérial devra,

S'il résulte de ses informations,

a) Soit que l'inculpé n'a pas été réellement surpris en état de flagrant délit,

b) Soit que son fait n'est pas de ceux auxquels la loi du 20 mai est applicable,

c) Soit qu'il y a doute sur l'identité et la culpabilité de l'inculpé,

d) Soit qu'il n'y ait pas preuves suffisantes du fait et de ses circonstances,

¹ Le mandat de dépôt ne doit pas être décerné lorsque le délit n'entraîne pas la peine de l'emprisonnement.

Procéder en la forme ordinaire d'après les règles du Code d'instruction criminelle ou des lois spéciales applicables, et, dans ce cas, suivant qu'il y aura lieu (n° 10, 11 et 26),

Ordonner la mise en liberté de l'inculpé pour agir contre lui par voie de citation directe,

Ou maintenir son arrestation en requérant une instruction régulière du juge instructeur, qui, s'il en est besoin, délivrera le mandat de dépôt¹.

Cas de traduction immédiate, mesures (art. 1 et art. 3).

Art. 4. Le procureur impérial devra,

Lorsqu'il y aura lieu de traduire sur-le-champ l'inculpé devant le tribunal, ainsi qu'il est dit en l'article 2, § 6 ci-dessus :

1° Ordonner aux agents qui ont opéré l'arrestation de le conduire à la barre du tribunal, et leur désigner ceux des témoins qu'ils auront à requérir verbalement pour venir avec eux à l'audience déposer des faits à leur connaissance (n° 17, 19);

2° Décerner contre le prévenu un mandat de dépôt si cela lui paraît nécessaire;

3° Et demander le bulletin du casier judiciaire qui le concerne (n° 6).

Cas de citation d'urgence, mise en liberté (art. 1, § 2).

Art. 5. Le procureur impérial devra,

Lorsqu'il procédera contre l'inculpé par voie de citation d'urgence, ainsi qu'il est dit en l'article 2, § 7 ci-dessus :

1° Ordonner sa mise en liberté s'il ne croit pas devoir user de la faculté de délivrer contre lui un mandat de dépôt (n° 18);

2° Dans le cas contraire, ordonner son incarcération en usant de cette faculté;

3° Faire citer pour l'audience du lendemain les témoins qu'il croira nécessaires pour la découverte de la vérité, ou dont le président du tribunal aurait ordonné l'assignation en vertu de l'article 30 de la loi du 22 janvier 1850 sur l'assistance judi-

¹ L'article 5 de la loi dispose que l'affaire sera renvoyée à une autre audience pour plus ample information, si elle n'est pas en état d'être jugée; le procureur impérial, responsable de la direction de l'affaire, doit avoir *a fortiori* le droit de faire procéder à cette plus ample information, lorsque l'affaire, de prime abord, ne lui paraît pas en état de recevoir jugement. — Sic le rapport de la commission.

ciaire, à moins qu'il n'ordonne à un officier de police judiciaire ou agent de la force publique de les requérir verbalement de comparître en vertu de l'article 3 de la loi du 20 mai 1863¹;

4° Informer ensuite le président du tribunal de la traduction de l'inculpé pour le lendemain, en lui demandant, s'il y a lieu, de convoquer à cet effet extraordinairement le tribunal, conformément à l'article 4 de la loi du 20 mai 1863;

5° Et demander le bulletin du casier judiciaire de l'inculpé.

Réquisition pour saisir le tribunal.

Art. 6. L'officier du ministère public à l'audience devra,

Lorsqu'un individu arrêté en état de flagrant délit sera conduit devant le tribunal, ainsi qu'il est dit en l'article 4 :

1° Exposer brièvement les faits à raison desquels il a été arrêté en état de flagrant délit,

2° Et déclarer saisir le tribunal par la traduction de l'inculpé, pour statuer sur le délit qui lui est imputé².

Incident (art. 1 et art. 7).

Art. 7. Le président du tribunal correctionnel, devant lequel l'inculpé arrêté aura été traduit sans citation, devra,

Lorsqu'il résultera des circonstances,

¹ Le droit donné au procureur impérial par l'article 3 est essentiellement facultatif. La citation du prévenu n'entraîne pas la citation aux témoins par ministère d'huissier; rien dans le texte de la loi et dans les travaux préparatoires ne s'oppose à ce qu'é, après avoir fait citer l'inculpé, le ministère public ne puisse user de la voie de la réquisition verbale à l'égard des témoins. Comme c'est au ministère public qu'incombe le fardeau de la preuve, c'est à lui surtout qu'il appartient de désigner les témoins à requérir comme les témoins à citer; ce droit, il peut l'exercer à tout instant, même pendant l'audience, suivant la nécessité de l'instruction, en donnant l'ordre aux agents à sa disposition d'aller requérir les témoins dont l'audition serait devenue nécessaire; — le tribunal pourrait même passer à l'instruction d'une autre affaire pour attendre l'arrivée de ces témoins.

Toutefois, le droit de faire citer les témoins par réquisitions verbales n'étant pas donné exclusivement au procureur impérial, le président, juge aussi des nécessités de l'instruction orale, ne me paraîtrait pas excéder ses pouvoirs en donnant directement des ordres aux agents pour mander à la barre, par voie de réquisition, tel témoin qu'il désignerait. La loi me semble avoir accordé aux présidents des tribunaux correctionnels en pareille matière quelque chose du pouvoir discrétionnaire des présidents d'assises.

² Ces réquisitions valent citation et saisissent le tribunal.

- a) Soit que l'inculpé n'a pas été surpris en état de flagrant délit,
- b) Soit que son fait n'est pas de ceux auxquels la loi du 20 mai est applicable :
- 1° Demander à l'inculpé s'il consent néanmoins à être jugé, sans citation, sur le délit qui lui est imputé (n° 22);
 - 2° En cas de consentement, le constater, déclarer le tribunal saisi et procéder à l'instruction de l'affaire (n° 22);
 - 3° Dans le cas contraire, surseoir à statuer et renvoyer l'inculpé à la disposition du procureur impérial pour régulariser sa poursuite (V. n° 22, et art. 9 ci-dessous).

Incident en cas de citation irrégulière.

Art. 8. Les président et juges du tribunal correctionnel, devant qui un inculpé arrêté comparaitra sur citation d'urgence donnée la veille, devront,

Lorsqu'il résultera des circonstances,

- a) Soit que l'inculpé n'a pas été arrêté en état de flagrant délit,
- b) Soit que son fait ne comporte pas l'application de la loi du 20 mai 1863 :
- 1° Procéder au jugement si l'inculpé ne réclame pas à raison de l'inobservation des délais de la citation (art. 184, § 2, Code d'instr. crim., et n° 24);
 - 2° Dans le cas contraire, lui accorder tel délai qu'il appartiendra pour l'exécution de la loi, et fixer, après ce délai, le jour auquel l'affaire sera reprise (n° 24).

Mesures en cas de dessaisissement du tribunal.

Art. 9. Le ministère public devra,

Lorsque le tribunal aura renvoyé un inculpé à sa disposition ainsi qu'il est dit en l'article 7, § 3°, ci-dessus :

- 1° Requérir une instruction régulière et, s'il y a lieu, un mandat de dépôt contre l'inculpé ¹;
- 2° Ou, s'il n'y voit aucun inconvénient, procéder contre lui par voie de citation directe;

¹ Pour remplacer le mandat de dépôt du procureur impérial, mandat qui se trouve invalidé et de nul effet du moment où il est reconnu que la loi du 20 mai était inapplicable (n° 24).

3° Dans tous les cas, si l'inculpé n'est pas placé sous mandat de dépôt par le juge d'instruction, ordonner sa mise en liberté, après avoir requis la radiation de l'écrou fait sur son propre mandat de dépôt, en déclarant ledit mandat nul et de nul effet comme ayant été par erreur décerné en dehors des cas où la loi l'autorisait (V. n° 24).

Suite d'un renvoi.

Art. 10. Le procureur impérial devra,

Lorsque le tribunal aura renvoyé l'affaire pour laisser s'écouler les délais des citations données à trop bref délai, ainsi qu'il est dit en l'article 8 ci-dessus :

- 1° Faire mettre immédiatement l'inculpé en liberté (V. n° 24);
- 2° Et requérir radiation de l'écrou dressé en vertu de son mandat de dépôt, en déclarant ledit mandat nul et de nul effet, comme ayant été par erreur décerné en dehors des cas où la loi l'autorisait (V. n° 24).

Le tribunal est saisi, instruction à l'audience (art. 4 et 5).

Art. 11. Les président et juges du tribunal correctionnel, régulièrement saisis d'un délit de leur compétence ¹, devront :

- 1° Procéder, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, à l'instruction à l'audience ², à raison des faits imputés à l'inculpé;
- 2° Lui accorder, s'il le demande, un délai de trois jours au moins pour préparer sa défense (art. 5 de la loi du 20 mai 1863);

¹ Soit par le réquisitoire du ministère public sur la traduction régulière de l'inculpé (art. 6 ci-dessus), soit par une citation régulière donnée d'urgence, ainsi qu'il est dit ci-dessus, art. 5.

² Quelques esprits s'étaient à tort préoccupés du silence de la loi en ce qui concerne les droits de la défense et la nomination des défenseurs d'office; loin d'exclure à cet égard l'application du droit commun, ce silence le supposait du moment où aucune disposition de la loi n'y dérogeait; les motifs mêmes du rejet d'un amendement qui proposait de désigner dans tous les cas *aux inculpés des défenseurs sur leur demande*, le prouvent; il ne fut en effet rejeté que parce qu'il était inutile.

Les prévenus pourront donc, comme il est d'usage devant les tribunaux correctionnels, se faire assister d'un défenseur.

Le président devra même désigner un défenseur d'office à ceux des inculpés qui en font la demande, lorsque leur état d'indigence sera constatée, et il y a toujours présomption d'indigence pour les détenus. (Loi du 22 janvier 1851, art. 29.)

3° Renvoyer d'office, ou sur la demande du ministère public, l'instruction de l'affaire à une autre audience si elle n'est pas en état de recevoir jugement, afin d'en compléter l'information ;

4° Et, s'il y a lieu, en cas de renvoi de l'affaire à une autre audience, mettre provisoirement en liberté, avec ou sans caution, l'inculpé placé sous mandat de dépôt (art. 5, L. du 20 mai 1863).

La procédure se retrouvant à ce point sous l'empire du Code d'instruction criminelle, nous ne pouvons que renvoyer aux dispositions de ce Code, suffisamment commentées par la jurisprudence, pour le surplus des règles à suivre dans l'instruction de l'affaire.

Je crois devoir toutefois, en terminant, faire une observation au sujet de l'article 6, ainsi conçu :

« L'inculpé, s'il est acquitté, sera immédiatement et nonobstant appel mis en liberté. »

Le rapporteur de la commission du Corps législatif chargé d'examiner le projet de loi, déclare, en ce qui concerne cet article, que « la mise en liberté devra être immédiate dans le sens grammatical du mot. C'est-à-dire que la levée de l'érou devra avoir lieu sur l'heure, sans formalité entraînant des délais, sur simple note du procureur impérial constatant l'acquiescement. »

Cet article 6 suppose que l'inculpé a été placé sous mandat de dépôt par le procureur impérial ; mais il peut arriver que ce magistrat n'ait pas usé de la faculté qui lui est accordée par l'article 1 de la loi du 20 mai : s'il en est ainsi, ce n'est pas seulement en cas d'acquiescement que l'inculpé devra être mis en liberté, mais encore en cas de condamnation et aussi en cas de simple renvoi ou d'ajournement de l'affaire à une autre audience, attendu que dans tous ces cas il n'existe contre lui aucun titre antérieur d'incarcération.

G. ROUSSET.

DE LA CONSTITUTION DES SECTIONS DE COMMUNE

ET DES MOYENS DE RECONNAÎTRE LEUR EXISTENCE.

Par M. Léon Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'État.

SECOND ET DERNIER ARTICLE¹.

§ 3. — Des moyens de distinguer les droits d'une section de ceux de la commune dont elle dépend.

X. S'il importe de savoir distinguer une section de commune d'une collection de propriétaires ayant des droits dans l'indivision, il n'est pas moins intéressant de chercher les moyens de reconnaître l'existence de la section au regard de la commune dont elle fait partie.

Le fait seul de la jouissance actuelle d'un pâturage par les habitants d'un village, ne suffit pas pour prouver que le village a la propriété, et, par suite, le droit à la jouissance exclusive de ce pâturage. Il a pu arriver, en effet, que, dans une commune dotée de biens communaux qui avaient une assez grande étendue, les habitants des divers villages, plus ou moins éloignés les uns des autres, qui faisaient partie de la commune, aient pris l'habitude d'envoyer exclusivement leurs bestiaux au communal le plus proche d'eux, sans que cette jouissance exclusive constituât un droit propre à la section. Dans ce cas, les habitants du village n'ont exercé que les droits qui leur appartenaient comme membres de la commune, et leur jouissance, en cette qualité, n'a pu servir de base à la prescription et faire acquérir à leur village des droits distincts de ceux de la commune, pas plus qu'elle n'aurait pu leur faire acquérir individuellement des droits de propriété privée sur le communal.

XI. Dans un litige de cette nature entre une commune et des sections, la Cour d'Orléans a décidé, par un arrêt en date du 27 août 1842, que la présomption de droit est que tout bien communal appartient à la généralité des habitants, et que c'est aux sections à détruire cette présomption par la preuve de leur possession exclusive.

¹ V. le présent tome, p. 23.

Voici dans quelles circonstances cet arrêt a été rendu :

Le conseil municipal de la commune de Baule avait décidé la mise en ferme de pâturages sur lesquels les sections de Baule et de Baulette prétendaient avoir des droits exclusifs. Ces sections revendiquèrent leurs droits devant les tribunaux. Elles excipaient d'une possession immémoriale et d'une ancienne transaction du 29 juin 1605, par laquelle les seigneurs de Baule et de Baulette avaient cédé aux auteurs des habitants actuels les droits d'usage dont il s'agit. Elles ajoutaient que les lois de 1792 et 1793 les ayant trouvées en possession, c'étaient elles qui avaient recueilli le bénéfice de la réintégration prononcée par cette loi.

La commune de Baule niait la possession exclusive alléguée par les sections; elle soutenait que rien n'établissait que les droits d'usage eussent été exercés par les sections à titre privatif ou leur eussent été exclusivement cédés dans la transaction de 1605. Elle produisait, en outre, plusieurs titres antérieurs à 1793 qui prouvaient que les usages appartenaient à la généralité des habitants.

La Cour d'Orléans a donné gain de cause à la commune de Baule par un arrêt ainsi conçu :

« Considérant que les lois de 1792 et 1793 n'ont réglé que les rapports entre les seigneurs et les communes quant aux biens communaux; que, par l'effet de l'abolition de la féodalité, les communes ont repris la propriété de ces mêmes biens soumis au régime féodal, et que ces lois ont restitué ce droit à la généralité des habitants; que ces mêmes lois, tout en admettant, dans certains cas, l'existence des sections de commune distinctes de la municipalité, ne règlent pourtant pas les rapports qui existent entre les unes et les autres; qu'en principe, la présomption de droit est donc que tout bien communal appartient à la généralité des habitants; qu'ainsi, pour établir un droit exclusif, les hameaux de Baule et de Baulette auraient dû détruire cette présomption de droit en prouvant qu'en 1793 les biens, relevant des fiefs de Baule et Baulette, étaient par eux possédés exclusivement et qu'ils avaient, à cet égard, une existence distincte et indépendante de la commune; que cette preuve ne résulte d'aucun des faits de la cause; que le contraire est établi par plusieurs actes produits en 1657 et 1733 et par un plan des lieux dressé en 1790, qui prouvent que tous les

usages appartenait à la commune tout entière ; que c'est donc en sa faveur que les lois de 1792 et 1793 ont fait cesser la propriété du seigneur et réintégré la commune dans ses droits primitifs. »

Les sections de Baule et Baulette avaient déféré cet arrêt à la Cour de cassation, en soutenant que le principe de cette présomption de droit en faveur des communes n'est établi par aucune loi. Et, en effet, la loi de 1793 ne dit pas que les biens communaux appartiennent en principe à la généralité des habitants ; elle attribue les biens « à la généralité des habitants ou membres des communes ou des sections de commune dans le territoire desquels ils sont situés. » Mais, comme la Cour d'Orléans avait de plus jugé en fait que les droits de la commune étaient établis par des actes produits au procès, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, par le motif que la décision de la Cour d'appel, fondée sur une appréciation souveraine d'actes et de faits, était à l'abri de sa censure (arrêt du 19 novembre 1843) ¹.

Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer la portée de la présomption de droit établie en faveur des communes par l'arrêt que nous venons de rapporter. Quand on rapproche les différentes parties de l'arrêt, on voit qu'elle signifie simplement que le seul fait de la jouissance en commun d'un pâturage par les habitants d'un village, ne prouve pas que les habitants aient un droit exclusif à cette jouissance. En effet, d'après la Cour d'Orléans, pour détruire cette présomption, il faut et il suffit que les villages justifient « que les biens *étaient par eux possédés exclusivement* et qu'ils avaient, *à cet égard*, une existence distincte et indépendante de la commune. » Mais telle est la condition faite dans le droit commun à tout détenteur qui veut se faire maintenir en possession, et il faut, aux termes de l'article 2229 du Code Napoléon, que sa possession ait été publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.

XII. Recherchons donc, en laissant de côté cette présomption de droit, par quels moyens peuvent s'établir les droits exclusifs d'une section au regard de la commune.

Il ne pourrait s'élever de doute si ces droits étaient prouvés par d'anciens titres. Il en serait de même si la section devait

son origine à un changement de circonscription de communes opéré postérieurement à 1789. Nous avons dit, en effet, que les droits d'usage et de propriété, respectivement acquis par les communes ou fractions de commune réunies, ont toujours été réservés de plein droit en pareil cas.

A défaut de titres ou de changements dans la circonscription de la commune, des faits de diverse nature pourraient soit à eux seuls, soit par leur réunion, établir la possession exclusive de la section, possession qui, si elle remontait à trente ans, conduirait à la propriété.

En premier lieu, il faut citer le paiement des impôts, avant 1789, ou depuis cette époque; et nous croyons nécessaire d'entrer à cet égard dans quelques détails.

Avant 1789, il y avait deux impôts territoriaux analogues à la contribution foncière actuelle : la taille et les vingtièmes.

Les biens communaux n'étaient pas assujettis à la taille, soit dans les pays (et c'était le plus grand nombre) où elle était *personnelle* ou *mixte*, c'est-à-dire imposée sur les personnes à qui leur qualité ne donnait pas droit à l'exemption, et ce, en raison de leurs biens et facultés, et de leur industrie, soit dans la partie de la France où elle était *réelle*, c'est-à-dire imposée à raison de la nature des fonds et non de la qualité des personnes. On distinguait, en effet, dans ces derniers pays, notamment dans la généralité de Montauban, les fonds roturiers ou ruraux assujettis à la taille, les fonds nobles qui en étaient exempts par leur nature, et les fonds *immunes* qui en étaient dispensés, à raison de leur affectation à l'usage du public, mais qui devenaient imposables si leur destination changeait. Dans cette dernière catégorie étaient rangés les biens communaux¹. On peut cependant trouver des indications utiles sur l'existence des biens des communes et des sections dans les cadastres qui ont été dressés à différentes époques dans divers pays, soit de taille réelle, soit même de taille personnelle, et qui comprenaient une énumération détaillée et un arpentement général de tous les fonds situés dans l'étendue de chaque communauté.

Ces pays sont encore assez nombreux. Ainsi le Dauphiné avait un cadastre ou *péréquaire* dressé avant la réunion de cette

¹ Moreau de Beaumont, *Mémoire sur les impositions en Europe*, t. II, p. 91.

province à la France, et qui fut refait en 1461 ¹. Celui de la Provence existait dès 1471 ². Le Languedoc avait un *compois terrier*, et une déclaration du roi, du 20 janvier 1736, art. 7, attribuait à la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, le pouvoir de statuer sur les contestations qui s'élevaient au sujet de la confection ou du renouvellement de ce cadastre ³. Il existait aussi dans les généralités de Montauban et d'Auch un *compois terrien*, qui fut révisé en vertu d'un arrêt du conseil de 1664 ⁴. Dans l'élection d'Agen, qui dépendait de la généralité de Bordeaux, il avait été dressé un cadastre vers 1621. Un peu plus tard, en 1674, on avait pris la même mesure dans l'élection de Condom, qui dépendait de la même généralité ⁵. Le pays de Foix avait aussi son cadastre ⁶. Dans l'Artois ⁷, il existait un document analogue, appelé cahier de centième, à cause du nom primitif de l'imposition, analogue à la taille, que ce pays supportait avant sa réunion à la France. Dans la Flandre Wallonne, la Flandre Maritime et le Hainaut ⁸, la taille était également répartie d'après une espèce de cadastre, qui remontait aux premières années du XVII^e siècle.

À dater de 1738, on avait fait un recensement général des immeubles, dans les généralités de Limoges et de Châlons ⁹,

¹ On a formé du Dauphiné, en 1790, les départements de l'Isère, de la Drôme et des Hautes-Alpes.

² Le territoire de la Provence a été partagé entre les départements des Bouches-du-Rhône, du Var, des Basses-Alpes. Il en est entré une partie dans le département de Vaucluse.

³ Le Languedoc correspond à huit départements actuels : Haute-Garonne, Tarn, Aude, Hérault, Gard, Lozère, Ardèche et Haute-Loire.

⁴ La généralité de Montauban correspond aux départements de l'Aveyron et du Lot et à une partie du département de Tarn-et-Garonne. — La généralité d'Auch correspond à la plus grande partie du département du Gers et à une partie des départements de la Haute-Garonne et de Tarn-et-Garonne.

⁵ L'élection d'Agen a formé une grande partie du département de Lot-et-Garonne et une partie de celui de la Bordogne.

Le territoire de l'élection de Condom a été partagé entre les départements du Gers, des Landes et de Lot-et-Garonne.

⁶ Le pays de Foix a formé le département de l'Ariège.

⁷ L'Artois correspond à peu près au département du Pas-de-Calais.

⁸ La Flandre wallonne, la Flandre maritime et le Hainaut ont composé le département du Nord et une partie de celui des Ardennes.

⁹ La généralité de Limoges s'étendait sur une partie du territoire actuel des départements de la Haute-Vienne, de la Creuse, de la Charente, de la

pour y établir la taille *tarifée* qui prêtait moins à l'arbitraire que la taille personnelle. La valeur de tous les biens-fonds avait été constatée dans la généralité de Limoges, soit par un arpentement, suivi d'une estimation par experts, soit par les déclarations que les propriétaires avaient faites de la quantité et de la valeur des terrains qu'ils possédaient, déclarations débattues par les autres contribuables. Dans la généralité de Châlons, on s'en était exclusivement rapporté aux déclarations des propriétaires, soumises à la contradiction des autres contribuables.

L'édit de novembre 1763 qui ordonna la confection d'un cadastre général de tous les biens-fonds situés dans le royaume, et la déclaration du 7 février 1768, qui étendit à toutes les généralités le mode de recensement des biens-fonds et de la répartition de la taille mis en pratique dans celles de Limoges et de Châlons, restèrent malheureusement à peu près à l'état de lettre morte pour la plus grande partie de la France. Cependant la déclaration de 1768 reçut son exécution dans un petit nombre de généralités, notamment celle de Paris¹.

Tous ces documents, dressés à des époques et dans des conditions fort diverses, peuvent fournir, pour la moitié environ de nos départements actuels, des renseignements qui ne doivent pas être négligés.

On peut en trouver de plus précis dans les documents qui servaient à l'établissement de l'impôt des vingtièmes. Les biens communaux étaient, en effet, assujettis à l'impôt du *dixième* du revenu établi par un édit royal du 14 octobre 1710, supprimé plus tard et remplacé par l'impôt du *vingtième*, auquel se joignirent ensuite temporairement un second et un troisième *vingtième*. L'article 6 de l'édit de 1770, dont les termes ont été reproduits par les édits relatifs aux *vingtièmes*, porte en effet : « Déclarons sujets à la levée du dixième ordonnée par les présentes..., les octrois et revenus patrimoniaux, communaux, et autres biens et héritages des villes, bourgs, villages, hameaux et communautés. » Cet impôt était perçu primitivement d'après

Dordogne et sur la totalité du territoire du département de la Corrèze.

La généralité de Châlons comprenait à peu près le territoire des départements des Ardennes, de l'Aube, de la Marne et de la Haute-Marne.

¹ Nous avons puisé la plupart de ces indications dans les *Mémoires de Moreau de Beaumont sur les impositions en Europe*, t. II.

la déclaration des propriétaires. Néanmoins, il avait été procédé par les soins de la direction des vingtièmes, sous le contrôle des intendants, à des vérifications générales des biens-fonds et droits réels sur lesquels portait l'impôt ¹.

En outre de ces impôts annuels, les communes avaient à payer au trésor royal, en qualité de communautés de mainmorte, les droits d'amortissement et les droits de nouvel acquêt. Le droit d'amortissement était, en quelque sorte, la compensation du préjudice que causaient les communautés de mainmorte au fisc royal, en acquérant des propriétés qu'elles conservaient indéfiniment et sur lesquelles le fisc n'avait plus l'occasion de percevoir les droits de mutation, comme il le faisait sur les propriétés des particuliers, chaque fois qu'elles changeaient de main. Ce droit aurait dû être payé à chaque acquisition ; mais bien souvent le fisc négligeait de l'exiger, et plusieurs édits, rendus au XVII^e siècle, ordonnèrent en conséquence une sorte de recensement général des propriétés des gens de mainmorte, qui étaient forcés d'acquitter le droit d'amortissement pour tous les biens qu'ils possédaient. C'est ainsi que la déclaration du 19 avril 1639 ordonne que « par des commissaires députés par le roi à cet effet, il sera procédé à la recherche, taxe et liquidation des droits d'amortissement, et que, pour y parvenir, les ecclésiastiques, bénéficiers..., maires et consuls des villes, bourgs, bourgades et villages, et généralement tous gens de mainmorte seront tenus de fournir au greffe de la commission les déclarations exactes et détaillées, accompagnées de pièces justificatives..., des maisons, héritages, rentes foncières, usages, aisances, et généralement de tous autres droits et biens immeubles qu'ils possèdent, non compris dans les amortissements particuliers et en bonne forme qu'ils ont pu obtenir antérieurement, et pour lesquels il n'aura été payé finance. » On peut citer encore une déclaration semblable du 5 juillet 1689.

Le droit de nouvel acquêt ou de nouveaux acquêts, qui, primitivement, se payait, concurremment avec le droit d'amortissement, sur tous les biens et droits réels des gens de mainmorte,

¹ Ces vérifications avaient été commencées en 1749. Elles ont été prescrites de nouveau par un édit du mois de novembre 1771 et par un arrêté du conseil du 2 novembre 1777.

ne fut plus exigé, à partir de 1691, que sur les biens dont ils avaient seulement l'usufruit ou l'usage.

Pour l'acquittement de ce droit, dont la quotité fut fixée par un arrêt du conseil, du 23 janvier 1691, et une déclaration du roi, du 9 mars 1700 (art. 9), à une année de revenu pour vingt années de jouissance, « les maires, échevins, consuls, jurats ou syndics des villes, bourgs, bourgades, paroisses, villages et hameaux qui possédaient des droits de glanage, pacage, chauffage, pâturage, et tous autres droits d'usage généralement quelconques... étaient tenus d'en fournir des déclarations, signées d'un ou de deux des principaux habitants, contenant les usages qui leur appartenaient de tout temps, l'étendue et la qualité des terres, bois et autres fonds qui y étaient sujets. » C'est d'après ces déclarations que le droit de nouvel acquêt était fixé.

Ces déclarations devaient même être renouvelées tous les dix ans et enregistrées au greffe des gens de mainmorte, faute de quoi les biens pouvaient être saisis¹.

Et il importe de remarquer que, d'après les termes des édits et arrêts du conseil que nous venons de rapporter, on devait déclarer les propriétés et les droits d'usage des bourgs, bourgades, *villages* et *hameaux*, ce qui permettrait de constater l'existence des droits propres à chaque fraction de paroisse.

Nous n'attribuons pas, d'ailleurs, à tous ces documents une valeur autre que celle d'indications destinées à confirmer une ancienne possession et à établir son caractère. Il faut même dire, dans l'intérêt des sections qui pourraient avoir à les invoquer, que ces documents étaient assez souvent inexacts quand ils ne reposaient que sur la déclaration des contribuables, qui étaient tous également intéressés à laisser ignorer aux agents du fisc la véritable étendue et la véritable valeur des propriétés communales².

Le paiement des impôts, depuis 1789, est généralement con-

¹ Édit du mois de décembre 1691, art. 14. — Arrêts du conseil des 18 mars, 10 juillet, 2 septembre 1692 et 26 janvier 1694. — Déclaration du 6 mai 1704.

² On en voit la preuve dans le *Traité politique et économique des communes*, publié en 1770 par le comte d'Essuiles. Voici notamment un fait saillant qu'il indique : « 705 communautés de la généralité de Soissons ont déclaré des biens communs ; cependant plus de 900 en possèdent. La quantité déclarée est de 33,231 arpents, 72 perches ; la quantité réelle en excède 120,000, soit en marais, soit en friches » (p. 49).

staté d'une manière plus précise et plus exacte qu'il ne l'était avant la Révolution. Le cadastre, commencé en 1807, est exécuté aujourd'hui sur la totalité du territoire de l'empire. Les propriétés communales, productives de revenus, ont dû être imposées à la contribution foncière comme les immeubles appartenant aux particuliers.

Cette règle était posée par la loi des 23 novembre-1^{er} décembre 1790. L'article 1^{er} du titre 1^{er} disposait que la contribution foncière porterait sur toutes les propriétés foncières, sans autres exceptions que celles qui étaient déterminées par les intérêts de l'agriculture, et les biens communaux n'étaient pas compris dans l'exception. De plus, l'article 3 du titre 2 prescrivait aux commissaires, chargés de dresser un état indicatif des différentes propriétés renfermées dans chacune des divisions du territoire dites *sections*¹, d'y comprendre les biens appartenant aux communautés elles-mêmes, et l'article 4 du titre 3 annonçait qu'il serait établi des règles spéciales pour l'acquittement de la cotisation des biens communaux.

La loi du 3 frimaire an VII ne s'est pas servie du terme générique de communautés d'habitants, qui s'appliquait également aux communes et aux sections de commune. L'article 56 de cette loi porte que « les propriétés appartenant à des communes, *portions de commune*, à des hospices ou autres établissements publics seront désignées de la même manière (que celles des particuliers) et portées dans les états de sections au compte des dites communes, *portions de commune*, hospices ou autres établissements. » Et l'article 109 ajoute : « La contribution due par des terrains qui ne seraient communs qu'à certaine portion des habitants d'une commune, sera acquittée par ces habitants. »

A l'impôt foncier est venue se joindre, depuis la loi du 20 février 1849, la taxe dite des biens de mainmorte. Cette taxe annuelle, représentative des droits de transmission entre-vifs et par décès, qui rappelle le droit d'amortissement perçu avant 1789, est établie « sur les biens immeubles passibles de la contribution foncière, appartenant aux départements, *communes*, hos-

¹ Nous avons indiqué que cette division, spécialement faite en vue de l'assiette de l'impôt, ne correspond pas aux sections de commune qui font l'objet de ce travail (p. 28).

pices, séminaires... et tous établissements publics légalement autorisés... » Les sections de commune ne sont pas nominativement désignées dans la loi ; mais elles sont comprises dans l'indication générale qui termine l'énumération, et la loi leur a, en effet, été appliquée.

Au paiement des impôts, soit sous l'ancien régime, soit depuis 1789, on peut ajouter encore le fait que les habitants des villages auraient supporté, à eux seuls, les frais d'aménagement, d'entretien, de garde des biens dont ils jouissaient.

Quelquefois même la situation des lieux marque à elle seule l'origine et la destination du communal. Quand un communal est près d'un groupe d'habitations et isolé du reste des propriétés communales, tout porte à penser qu'il appartient exclusivement aux habitants du village. On peut se reporter, à ce sujet, aux explications que donne La Poix de Fréminville sur les *communs-consorts* dans son traité *du Gouvernement des biens des communautés d'habitants*¹.

Une possession immémoriale, accompagnée de plusieurs de ces faits ou de l'un d'eux, établirait, à notre sens, que la section a une existence distincte et indépendante de celle de la commune, et justifierait, par conséquent, ses droits exclusifs.

XIII. Ces principes ont été récemment contestés avec une grande vivacité par M. Caffin, sous-préfet de l'arrondissement de Rochechouart, dans un ouvrage sur *les droits de propriété des communes et des sections de commune*, qui paraît inspiré par une préoccupation un peu exclusive des difficultés que peut entraîner, dans la pratique de l'administration municipale, le respect des droits des sections. M. Caffin s'efforce d'établir qu'il y a présomption de droit, que, de tous temps, les communes ont été propriétaires des biens communaux compris dans leur territoire, et il donne à cette présomption de droit une valeur telle que, selon lui, elle ne peut tomber que devant des titres ou devant les réserves faites lors des réunions de communes ou autres changements de circonscriptions territoriales faits postérieurement à 1789.

Pour établir cette thèse, à laquelle il a consacré la moitié de son ouvrage et que nous devons par conséquent discuter avec soin, M. Caffin remonte à l'origine des communes ; il y

¹ P. 75.

voit, dès les temps les plus reculés, une circonscription déterminée, celle de la paroisse, dans les limites de laquelle les villages seraient venus successivement se grouper autour du chef-lieu. Il induit de là que les communes seules avaient dû participer à la répartition primitive des terres, d'où provient, suivant lui, une grande partie de leurs biens communaux ; que c'est à elles seules qu'ont dû être attribués ensuite les biens vacants et sans maître, les *latifundia* abandonnés au fisc romain par leurs propriétaires ; il expose « que le régime féodal a pu en dépouiller quelques-unes ; mais que le plus grand nombre d'entre elles ont conservé leurs biens de première origine ; » que de nouveaux biens leur ont ensuite été concédés par les seigneurs, et qu'enfin les lois qui ont aboli la féodalité sont venues les maintenir et les réintégrer dans leurs propriétés de vieille origine et leur en attribuer de nouvelles. Il admet que des concessions de biens communaux ou plutôt de droits d'usage ont été faites à des villages qui faisaient partie d'une communauté ; mais, selon lui, c'est une exception.

La nature des choses, la constitution des municipalités, l'histoire de la formation du domaine communal, tout, suivant M. Caffin, conduit à penser que les biens communaux doivent être présumés la propriété de la commune entière. Cette présomption lui paraît encore consacrée par l'article 1^{er} du titre 4 de la loi du 10 juin 1793, qui attribue les biens communaux de toute nature aux communes et ne réserve les droits des sections que lorsqu'elles avaient un territoire distinct.

Ainsi établie, cette présomption ne peut tomber que devant des titres ou devant les réserves faites lors des changements de circonscription territoriale. Car la jouissance exclusive de certains villages pourra toujours être considérée comme une jouissance de membres de la communauté sur les biens de la communauté, et une possession de cette nature, si longue qu'elle soit, ne peut, comme nous l'avons dit, servir de point de départ à la prescription.

Pendant il ne peut s'empêcher de reconnaître que, dans certains cas, la situation seule des communaux indique leur destination et les droits exclusifs des sections ; par exemple, lorsqu'il s'agit d'un terrain renfermé dans un village, et formant sinon une place publique, au moins un espace facilitant l'accès et la desserte des habitations, ou bien encore de certains pâtu-

rages resserrés entre les habitations d'un hameau. Pour ces biens de peu d'étendue, il croit pouvoir se relâcher de sa rigueur et admettre qu'en l'absence de titres, l'état des biens et d'autres documents prévaudront quelquefois sur la présomption légale que la commune peut invoquer à leur égard ¹.

Il admet encore que les inscriptions des communaux au nom des villages ou sections sur d'anciens cadastres, sur les états de sections dressés en 1791 pour l'assiette de la contribution foncière et sur les matrices cadastrales, pourraient peut-être, par leur rapprochement, équivaloir à des titres au profit des sections ².

Mais il croit que ces justifications ne peuvent être faites que dans des circonstances très-rares, parce qu'il faut qu'elles soient précises et concordantes, et il montre qu'elles ne le sont pas pour les biens communaux du département de la Haute-Vienne, du moins pour l'arrondissement de Rochechouart, dans lequel la jouissance des communaux est divisée de temps immémorial entre les divers villages de chaque commune. Ainsi il expose que, en dépouillant des états généraux d'immeubles dressés de 1740 à 1749 pour la répartition de l'impôt, il n'a trouvé qu'un très-petit nombre de communaux désignés comme appartenant à des villages. A la vérité, ces états ne comprennent pas les communaux appartenant aux paroisses ; mais c'est sans doute, dit M. Caffin, parce que les communaux de cette espèce n'étaient pas assujettis aux charges publiques. Il indique ensuite que, dans l'état actuel, la jouissance ne correspond presque jamais exactement au nom que portent les communaux sur les matrices cadastrales dressées de 1822 à 1841 dans l'arrondissement de Rochechouart, ni à l'assiette de l'impôt payé pour ces biens ; que beaucoup de communaux désignés sous le nom d'un village à proximité duquel ils se trouvent ne sont pas réservés exclusivement pour ce village ; que parfois deux ou trois villages ont le droit d'y envoyer leurs bestiaux ; enfin il allègue que ces dénominations des communaux sont le fait des agents de l'administration des contributions directes qui ont cru devoir, à des époques récentes et en dehors de l'action de l'autorité municipale, mettre les impôts à la charge des sections qui jouissaient plus particulièrement des communaux afin d'en

¹ P. 62.

² P. 63.

faciliter la perception¹. Tous ces faits lui paraissent établir que si les habitants de certains villages jouissent exclusivement de certains communaux, c'est uniquement parce que ces communaux sont à proximité de leur village et sont éloignés des autres hameaux de la commune, et ce n'est pas une jouissance semblable qui peut servir de base aux droits exclusifs des sections, lorsque les biens communaux sont présumés appartenir à la commune dans le territoire de laquelle ils sont compris.

L'application de la doctrine soutenue par M. Caffin, et il ne le dissimule pas, aurait de graves conséquences. En effet, le plus souvent les villages isolés qui ont, depuis un temps immémorial, la jouissance exclusive de biens communaux, et qui ont toujours appartenu à la même commune, ne peuvent produire de titres pour justifier leurs droits. La rareté des titres s'explique, d'ailleurs, facilement quand on songe d'abord au temps qui s'est écoulé depuis la constitution des biens communaux, et ensuite aux ravages dont les archives des familles seigneuriales et des communes ont été l'objet pendant les troubles de la Révolution. Et, de plus, dans maintes circonstances, nous l'avons montré, les biens communaux ont pu être mis dans l'indivision sans qu'un titre ait constaté un abandon fait par les propriétaires à la communauté. Si les biens, dont les sections jouissent sans titres, étaient censés appartenir à la commune entière, la plupart des sections se trouveraient supprimées.

Mais cette doctrine est-elle fondée? Nous ne le pensons pas. Nous croyons d'abord que M. Caffin attache une importance beaucoup trop grande à établir, en faveur des communes, une présomption légale de propriété sur les biens communaux de toute origine.

Il ne nous paraît cependant pas inutile de faire remarquer combien les bases historiques de sa thèse s'écartent des faits que nous avons exposés d'après les écrivains les plus autorisés et les recherches les plus récentes². Attribuer aux paroisses ou

¹ P. 65 à 70.

² Nous faisons allusion ici à un exposé de l'origine et de la constitution des communes rurales et des biens communaux, qui forme une partie notable du premier chapitre de notre ouvrage sur *les sections de commune et les biens communaux qui leur appartiennent*, dont le présent travail est extrait.

communes rurales d'avant 1789, un territoire nettement circonscrit dès leur fondation, et y faire naître ensuite les villages autour du chef-lieu, c'est, ce nous semble, introduire dans le développement de ces communautés, qui sont sorties si péniblement et dans des conditions si variées, des étrointes du pouvoir féodal, des éléments d'organisation régulière qui ressemblent trop à notre organisation moderne pour être vraisemblables quand on les place dans le chaos de ces temps reculés.

Pour ce qui est des biens provenant de la répartition primitive du sol, et des biens vacants et sans maître attribués par les empereurs romains aux municipalités, bien peu de communes d'aujourd'hui peuvent faire remonter aussi haut l'origine de leur domaine, puisqu'elles ne sont nées, au plus tôt, que dans les premiers siècles du moyen âge, et que beaucoup d'entre elles n'existaient pas avant le XII^e siècle. En réalité, c'est aux concessions des seigneurs et au fait des habitants qui ont placé dans l'indivision des pâturages communs, que les biens communaux de la plupart des communes actuelles doivent leur origine.

En outre, la nature des choses avait le plus souvent amené la constitution de droits exclusifs au profit de portions de paroisses de villages, mas et tènements; on en trouve la preuve dans l'ordonnance d'août 1669, dans les anciennes coutumes de la Marche et de l'Auvergne, et dans les traditions qui se sont maintenues parmi les populations du centre de la France.

Quant à la loi du 10 juin 1793, il est vrai que cette loi n'avait accordé de nouveaux droits qu'aux sections qui avaient un caractère distinct; mais ce territoire distinct résultait de circonstances assez fréquentes, soit de la différence qui existait entre le territoire des seigneuries et le territoire des communes en 1793, soit de la possession exclusive de droits d'usage antérieurement à cette loi.

Mais, en admettant qu'il en fût tout autrement et que la constitution de droits exclusifs, au profit des sections, fût aussi rare qu'elle nous paraît avoir été fréquente, pourrait-on en conclure que la possession exclusive et immémoriale, établie par les payement des impôts et par les autres signes que nous avons indiqués plus haut, ne peut servir à prouver les droits de propriété des sections? Nous ne le croyons pas. Sur ce point,

qui est le point capital, M. Caffin s'est moins attaché à justifier sa thèse en droit qu'à prouver que les sections de commune de l'arrondissement de Rochechouart ne seraient pas en état de produire des preuves suffisantes de leur possession exclusive.

S'il était établi que la législation a toujours empêché l'existence des sections de commune, qu'elle a voulu que les biens communaux appartenissent toujours à la généralité des habitants, nous comprendrions que la jouissance, si prolongée, si exclusive qu'elle fût d'un village, ne pût lui constituer des droits propres. Mais, puisque la loi reconnaît et a toujours reconnu l'existence des sections de commune, comment peut-on interdire à une section de prouver qu'elle a possédé, non pas en qualité de membre de la communauté dont elle faisait partie, mais en qualité de propriétaire exclusif? La prescription fondée sur une longue possession n'est-elle pas instituée précisément pour suppléer à l'absence des titres?

M. Caffin invoque, à l'appui de sa thèse, l'arrêt de la Cour d'Orléans du 27 août 1842 (*section de Baule et de Baulette c. commune de Baule*), que nous avons rapporté plus haut. Mais si cet arrêt proclame une présomption légale de propriété au profit des communes, il n'impose aux sections, pour la faire tomber, que l'obligation de prouver que les biens litigieux étaient par elles *possédés exclusivement* et qu'elles avaient, *à cet égard* (par le fait de la possession exclusive), une existence distincte et indépendante de la commune.

Il invoque encore l'opinion émise par M. Trolley dans son *Traité de la hiérarchie administrative*. Mais cet auteur, tout en reconnaissant que le fractionnement d'une commune en sections est une exception, et que, en cas de litige entre une commune et une section sur la propriété d'un bien communal, le doute doit être résolu en faveur de la commune, n'en admet pas moins que la possession peut suffire pour prouver les droits des sections, tels qu'ils sont consacrés par la loi de 1793.

« La loi de 1793, dit-il, n'attribue pas à la commune tout entière la propriété de la lande ou du marais dont un village jouissait exclusivement. Les possesseurs n'auraient pas pardonné à la Révolution de les dépouiller au nom d'un principe : pour les masses, le fait c'est le droit. » Et il invoque en ce sens

deux arrêts de la Cour de Caen, en date des 8 juin 1836 et 14 août 1839¹.

Ainsi nous ne pouvons admettre que les sections ne soient pas recevables à justifier leur propriété par leur possession, à la condition que cette possession ait tous les caractères que la loi exige pour qu'elle puisse conduire à la propriété.

Si, maintenant, nous suivons M. Caffin sur le terrain du fait, nous admettrons sans peine qu'il y ait, dans les documents qu'il a consultés relativement aux biens communaux de l'arrondissement de Rochechouart, des faits qui se contredisent, des preuves insuffisantes. Toutefois, ce fait que, dans beaucoup de cas, un village serait seul imposé pour un communal dont plusieurs villages auraient la jouissance, peut fort bien s'expliquer, et n'avoir rien que de légitime. La coutume de la Marche, qui disposait, dans l'article 359 du chapitre 29, que les pâturages se limitaient par village, admettait une dérogation à cette règle quand plusieurs villages avaient un droit de *marchage*, c'est-à-dire un droit d'usage constitué par titres sur les biens d'un autre village. Cette situation s'est sans doute maintenue, et il est très-naturel que le village qui a la propriété du communal soit seul imposé à la contribution foncière; à l'exclusion des autres villages qui n'ont qu'un droit d'usage sur ce terrain. D'ailleurs, cette explication ne fût-elle pas aussi juste que nous le croyons, rien n'autoriserait à tirer de certaines irrégularités qui peuvent exister dans l'arrondissement de Rochechouart des conclusions sur la situation des biens des sections dans tous les départements.

Quant aux documents anciens, nous avons vu qu'on peut en trouver, non-seulement pour le reste de la France, mais même pour le département de la Haute-Vienne, beaucoup d'autres que les états d'immeubles dressés de 1740 à 1750, pour la répartition de la taille dans la généralité de Limoges, à savoir d'anciens cadastres faits à d'autres époques, et les documents relatifs au recouvrement, soit de l'impôt des vingtièmes, soit des droits d'amortissement et de nouvel acquêt auxquels les biens communaux étaient assujettis.

Pour ce qui est des documents récents, nous croyons qu'il est rare qu'on rencontre des faits pareils à ceux qu'a indiqués

¹ *Traité de la hiérarchie administrative*, t. IV, p. 345.

M. Caffin. Il ne nous paraît pas probable que, dans beaucoup de départements, les dispositions des lois des 23 novembre-1^{er} décembre 1790, et du 3 frimaire an VII, qui prescrivent d'imposer à la contribution foncière les biens communaux, soient restés à peu près inexécutés jusqu'à la confection du cadastre. Nous ne sommes pas non plus porté à admettre qu'au moment où ces biens ont été imposés, les administrations municipales aient souvent laissé les agents de l'administration des contributions directes libres de donner aux biens communaux des dénominations impliquant des droits exclusifs pour un village, ou bien encore d'imposer des villages qui participent à la jouissance de ces biens, en dégrevant les habitants des autres villages qui en jouissent également, à moins que les uns ne soient propriétaires et les autres usagers.

Aussi les choses se sont passées autrement dans le département de la Lozère, d'après les indications que donne une lettre du préfet de ce département, adressée au ministre de l'intérieur le 31 janvier 1853. Après avoir fait connaître que les biens communaux de ce pays proviennent de concessions des seigneurs faites à charge de redevances aux habitants des villages et hameaux qui forment aujourd'hui autant de sections de commune, le préfet s'exprime ainsi : « Lors de la suppression des droits féodaux, les habitants des lieux qui avaient obtenu de pareilles concessions de la part des seigneurs ou des corporations religieuses, cessèrent de payer la censive et devinrent propriétaires incommutables des biens qui en étaient grevés. Ces biens furent portés sur les matrices dressées en exécution de la loi des 23 novembre-1^{er} décembre 1790, pour servir à la répartition de l'impôt foncier, au nom de la communauté des habitants des sections propriétaires. Plus tard, ils ont été inscrits sur les matrices cadastrales au même titre, et chaque collection d'habitants a continué de payer les contributions de ceux qui lui appartiennent. »

Il est bien probable que la loi de 1790 et celle de l'an VII ont dû recevoir leur exécution de cette manière dans la plus grande partie de la France.

En résumé, en cas de contestation entre une section et la commune dont elle dépend sur la propriété des biens communaux, la section peut établir ses droits exclusifs, soit en produisant des titres, soit en produisant l'acte de l'administration

ou la loi qui l'a réunie à la commune dont elle fait partie et qui, par suite, a réservé explicitement ou implicitement les droits dont elle jouissait avant cette réunion, soit en justifiant, non pas simplement d'une jouissance ancienne, mais d'une possession exclusive, à titre de propriétaire, prouvée par les divers faits qui sont de nature à établir cette possession.

§ 4. — De l'extinction des sections de commune.

XIV. Les sections de commune sont fréquemment composées d'un petit nombre de feux, et il n'est pas sans exemple que deux familles, deux habitants, forment à eux seuls une section. Nous trouvons ce fait constaté dans deux affaires soumises au Conseil d'État, l'une en 1833, l'autre en 1839¹. Il pourrait donc arriver que, par suite du déplacement de la population, une section se trouvât réduite à un seul habitant.

Cette circonstance ferait-elle disparaître la section, et les biens communaux deviendraient-ils la propriété de cet habitant unique? Nous ne le pensons pas. L'être moral subsiste toujours, et l'habitant ne jouit des biens communaux qu'à titre de communiste. Si, postérieurement, un autre habitant venait s'établir sur le territoire de la section, il aurait le droit de prendre sa part de la jouissance de ces biens.

C'est aussi l'opinion de M. Serrigny. Dans son ouvrage sur le *droit public et administratif romain*², il cite un texte du Digeste, qui pose en principe que « la commune formant une « corporation, il s'ensuit qu'elle continue de subsister quand « même tous ses membres viendraient à changer et qu'il n'en « existerait plus qu'un seul. »

Puis il ajoute : « C'est là un point important à noter pour nos « sections de commune, dont les biens communaux conserve-
« raient leur caractère, même lorsqu'un seul individu devien-
« draient propriétaire des maisons et des biens-fonds possédés *ut*
« *singuli* : ainsi les bois communaux de cette section continue-
« raient d'être assujettis au régime forestier, et le propriétaire,

¹ V. dans le *Recueil des arrêts du conseil* l'analyse des faits sur lesquels ont été rendus les arrêts du 19 juillet 1833 (*Hyot c. la commune de Maxerat*) et du 19 décembre 1839 (*Gillot*).

² T. I, p. 245.

« unique habitant, ne pourrait plaider librement en justice au sujet de ces biens ; il faudrait observer les formes prescrites par la loi pour les procès des sections de commune. »

XV. On comprend que cette solution ne soit pas admise par ceux qui considèrent les biens des sections comme des propriétés indivises entre les habitants des villages auxquels ils appartiennent. En effet, dans une étude, substantielle et ingénieuse, sur les *communaux en Limousin*, M. Dessalles, prenant pour point de départ la thèse soutenue par le conseil général du département de la Haute-Vienne, que nous avons discutée précédemment, soutient que si, dans un village qui avait la jouissance exclusive d'un communal, il ne reste plus qu'un habitant qui soit en même temps propriétaire de tous les biens privés compris dans la circonscription du village, cet habitant deviendra propriétaire du communal, qui ne se distinguera plus de ses biens propres. Selon lui, ce ne sera plus un communal, parce que la communauté suppose la pluralité, et une fois la consolidation opérée, le communal ne pourrait plus revivre que par la volonté de l'acquéreur, lors même qu'il se formerait un nouveau groupe d'habitants sur le territoire du village ¹.

Mais nous trouvant en désaccord avec l'auteur sur le point de départ de sa théorie, nous devons naturellement être en désaccord avec lui sur les conséquences qu'il en tire. Ce qui serait vrai si les biens communaux des sections étaient des propriétés indivises, ne peut pas l'être, puisque ce sont, comme nous l'avons démontré, des biens communaux, ayant le même caractère que s'ils appartenait à des communes. Sans doute la communauté suppose la pluralité ; mais, à défaut de la pluralité dans le présent, quand le village est réduit à un habitant, nous avons la pluralité en expectative dans l'avenir, et c'est pour l'avenir que doivent être réservés les droits des communistes.

XVI. Mais qu'arriverait-il si le village doté ainsi de biens communaux cessait d'être habité ? Faudrait-il attribuer les biens de la section à l'État comme biens vacants et sans maître, conformément à l'article 539 du Code Napoléon ? Faudrait-il les attribuer à la commune afin de leur donner une destination

¹ *Des communaux en Limousin*, par M. Louis Dessalles, avocat à la Cour impériale de Limoges (1860), p. 22 et 23.

qui se rapprocherait davantage de celle en vue de laquelle ils avaient été attribués à la section?

Ni l'une ni l'autre de ces solutions n'étaient admises sous l'ancienne législation. Voici les explications que donnait, à cet égard, Chabrol, dans son commentaire de *la coutume d'Auvergne*. On y verra en même temps la confirmation de l'opinion que nous venons d'émettre sur la précédente question.

S'occupant d'abord du cas où il s'agit de droit de pacage constitué à titre de servitude, il expose que, si le village cesse d'être habité, la servitude cesse, et que le droit de pâturage concédé aux habitants se réunit naturellement à la propriété qui en était grevée. Puis il continue en ces termes : « Il y a
« plus de difficulté pour les *communaux* qui se trouveraient
« dans les appartenances d'un village inhabité. Les commu-
« naux n'appartiennent à personne en particulier; on ne pour-
« rait donc pas dire que la désertion du village y fait cesser
« le droit de pâturage par la réunion à la propriété; mais que
« deviendra donc le pacage commun? Il y a lieu de dire néan-
« moins qu'il demeurera réuni aussi avec la propriété; il ne
« s'agit donc plus que de savoir à qui cette propriété est déferée
« par l'extinction des habitants auxquels elle appartenait *ut*
« *universi*. Il est évident que c'est à celui qui y possède des
« propriétés particulières; s'il n'y a qu'un seul propriétaire
« dans le village, c'est donc à lui que la propriété du communal
« appartiendra, et cette propriété deviendra dès lors un bien
« particulier à sa personne; s'il y a plusieurs propriétaires, les
« communaux appartiendront à chacun au *prorata* de ses pro-
« priétés, par représentation et par suite du pacage qu'il y
« exerçait.

« Mais s'il n'en exerçait point, par exemple si l'un était forain
« et l'autre habitant, les communaux appartiendraient-ils au
« dernier qui habiterait, comme dans une tontine ou loterie,
« au dernier vivant? Il semble que celui qui a été le dernier
« habitant, ne jouissant exclusivement des communaux qu'à ce
« titre, a cessé d'avoir une propriété universelle dans le moment
« où ce titre lui a manqué. Il ne jouissait qu'en qualité d'habi-
« tant; son droit a donc cessé avec cette qualité; dès lors, le
« communal doit être réparti entre tous les propriétaires. Mais
« si, dans les trente ans de cette espèce de partage, l'un d'eux,
« ou tout autre possesseur du *mas*, venait à y construire une

« habitation, la totalité des communaux lui appartiendrait, et « il pourrait évincer les possesseurs, parce qu'il ferait cesser « leur titre et leur qualité; par ce changement le village renaitrait et il reprendrait ses droits comme *jure postliminii* ¹. »

Il nous semble que la solution proposée par Chabrol, le partage entre les propriétaires au prorata de l'étendue de leurs biens, est encore la plus conforme à l'origine et à la destination primitive des biens communaux. Ces biens étaient destinés, avant tout, à donner aux habitants le moyen de nourrir les bestiaux et de fertiliser leurs terres par les engrais, souvent même ils avaient été concédés aux habitants possédant des biens à l'exclusion des non-propriétaires. Les réunir aux propriétés, dont ils étaient une sorte d'annexe, quand les habitants viennent à manquer, paraît donc plus naturel et plus logique que de les attribuer à la commune, qui n'y a jamais eu aucun droit, ou à l'État, qui ne doit être appelé à recueillir les biens vacants que lorsqu'il est impossible de leur trouver un maître. Cette solution serait, en outre, la plus favorable aux progrès de l'agriculture.

Cet anéantissement possible de la section n'autorise pas à contester que ce soit un être moral de la même nature que la commune. Seulement, comme la commune a d'autres caractères que celui d'être moral, comme elle est en outre circonscription administrative et société politique, elle a d'autres éléments de vie et de durée que la section.

LÉON AUCOC.

DES CHEMINS RURAUX.

ÉTUDE DOCTRINALE ET CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE EN CE QUI LES CONCERNE.

Par M. R. DE RAZE, avocat,
conservateur de la bibliothèque de la ville de Gisors (Eure).

PREMIER ARTICLE.

La jurisprudence, s'écartant chaque jour des principes pour se baser sur des espèces, tend, par ses décisions, à faire ad-

¹ Chabrol, t. III, p. 549.

mettre dans la pratique que les chemins ruraux font partie intégrante des propriétés privées riveraines et non du domaine public communal.

La Cour impériale de Paris, par son arrêt du 11 mars 1861, tranche radicalement la question en ce sens, en décidant que les chemins créés dans une destination toute rurale, ne figurant pas au nombre des chemins vicinaux d'une commune et ne servant pas de communication de village à village ou d'habitation à habitation, ne sont que des chemins ruraux ou d'exploitation que les propriétaires riverains ont le droit de supprimer; que la commune qui en jouit, depuis un temps immémorial, ne peut s'en prétendre propriétaire, quand même le maire les aurait depuis plus de trente ans classés parmi les chemins ruraux de la commune, et qu'un arrêté du préfet les y aurait maintenus sous la même dénomination.

La Cour de cassation semble, par ses derniers arrêts, résoudre la question de propriété dans ce sens.

Si la Cour régulatrice sanctionnait plus longtemps une semblable jurisprudence, ses décisions auraient la plus grave influence en fait, et seraient en droit la consécration de la plus déplorable erreur.

En fait, quelle perturbation n'apporterait-elle pas dans le patrimoine des communes et dans l'économie de l'agriculture?

S'il est vrai de dire que l'on peut juger du degré de civilisation d'un pays par l'état de ses chemins, et que le principal élément de sa prospérité réside dans ses voies de communications, il faudrait reconnaître « avec le système que les chemins ruraux peuvent être supprimés par les propriétaires riverains, » qu'en France les communes rurales et l'agriculture, loin d'être appelées à suivre le progrès général, seraient condamnées à rester stationnaires, quant au contraire les efforts incessants du gouvernement tendent, par les soins qu'il apporte à la création de chemins de fer, de canaux, de routes et de chemins vicinaux, à étendre et à faciliter les relations d'États à États, de villes à villes et de villages à villages.

Dans l'organisme vital d'un État, il faut que, par les pulsations que lui imprime un pouvoir régulier, la richesse circule sans cesse dans le corps social pour y répandre la vie; que les ressources, appelées des extrémités, arrivent au centre pour

qu'à son tour celui-ci les leur renvoie après les avoir appropriées à leurs besoins.

Les chemins ruraux partent du village et rayonnent jusqu'aux plus extrêmes limites de la plaine, pour y distribuer les engrais et la semence et rapporter à la ferme les produits agricoles. Si les propriétaires riverains en avaient la propriété, ils auraient, comme conséquence, le droit de les supprimer à leur gré, et, poussés par l'intérêt privé, toujours si âpre alors surtout qu'il s'agit de terre, ils ne manqueraient pas d'en réunir le sol à leurs champs, pour, en couvrant le tout d'un même et plus grand ensemencement, obtenir ainsi une augmentation de produits, et tout accès aux champs plus éloignés deviendrait dès lors impossible.

Un tel état de chose créerait un nombre infini d'enclaves; les propriétés aboutissant précédemment à ces chemins ruraux supprimés devraient chercher un accès nouveau dans la direction des routes ou des chemins vicinaux, par et à travers les propriétés présentant le trajet le plus court, à la charge d'une indemnité proportionnelle au dommage causé¹.

Les propriétaires des champs nouvellement traversés tenteraient en vain, pour s'opposer au passage, de soutenir qu'il s'opérait précédemment dans une autre direction déjà oubliée, les traces du passage primitif, l'ancien emplacement de ces chemins s'étant promptement effacé par l'effet de la culture. Mais du moins ils réclameraient aux propriétaires des pièces de terre, ainsi nouvellement enclavées, une indemnité légitime, non encore prescrite, et qui serait d'autant plus forte, que le trajet, pour celles plus éloignées d'une voie publique, s'opérerait à travers un plus grand nombre de parcelles, et que le *quantum* des indemnités, progressant avec la distance, il serait en définitive plus économique de les laisser incultes.

Tel serait cependant le résultat pratique, au point de vue agricole, du système que nous combattons.

Mais quel préjudice ne causerait-il pas au domaine public communal?

La France comprend actuellement 38,288 communes, réunies en 3,010 cantons; chacune d'elles est pourvue d'un grand nombre de chemins ruraux. Le canton de Chaumont en Vexin,

¹ Articles 682 et 683 du Code Napoléon.

par exemple, et que nous citons plus particulièrement parce que nous trouvons des données positives dans la statistique remarquable que vient d'en publier son savant juge de paix ¹, compte à lui seul, pour 37 communes, 872 chemins ruraux, d'une longueur totale de 732,279 mètres et d'une largeur de 3 à 6 mètres, en moyenne 4 mètr. 50 centim., ce qui donne une superficie de 329 hect. 52 ar. 55 cent., et, si l'on prenait ces chiffres comme base approximative pour les autres cantons réunis, celle de 991,871 hect. 75 ar. 50 cent., dont la valeur, en la fixant au minimum de 1,000 francs l'hectare, s'élèverait à la somme énorme de 9,918,717,550 francs, dont la propriété privée s'enrichirait au détriment du domaine public.

En droit, ce système, examiné au point de vue théorique, ne peut résister à un examen sérieux.

Une semblable affirmation peut de prime abord paraître présomptueuse, mais « si la jurisprudence qui n'est pas la loi qui commande, pas même le droit qui se meut dans le domaine de la théorie, peut du moins être regardée comme la réalisation du droit sur le terrain de la pratique ², » c'est à la condition essentielle que ce droit préexiste et qu'elle en fait une saine application.

Les hommes sérieux, les juristes studieux doivent se prémunir contre la tendance qui entraîne notre époque, soit par présomption, soit par éloignement du travail, à trancher d'une manière prompte et doctorale les questions les plus susceptibles de controverse. Il est vrai que l'orgueil humain aime mieux imposer ses théories que d'en permettre la discussion; qu'il est moins fatigant, au milieu du tourbillon qui nous emporte loin du travail, d'admettre comme vraies des théories toutes faites que de les approfondir, les examiner, les analyser, les passer au creuset de l'étude pour, de principes en conséquences, arriver à une solution rationnelle et juridique.

¹ M. Frion, chevalier de la Légion d'honneur, officier de l'Université, auteur de traités sur le bornage et la vaine pâture.

² Paul Pont, *De la jurisprudence en matière civile*.

PREMIÈRE PARTIE.

Dans la question qui nous occupe, les auteurs et les arrêts recherchent quel est l'usage d'un chemin pour en déterminer la nature et la classe, quel en est le possesseur pour en reconnaître le propriétaire, comme si le fait pouvait jamais abstractivement prouver le droit ! c'est dans la science du droit écrit, promulgué, alors qu'il ne s'agit plus de créer la loi, mais de l'appliquer, une pétition de principe évidente.

On croit trop généralement que dans notre droit français les chemins ruraux forment une classe distincte des autres chemins, et qu'ils n'ont pas de législation qui leur soit propre ; que leur nature même est si peu déterminée, que l'on ne peut dire s'ils rentrent dans le domaine public ou s'ils font partie de la propriété privée ; que quelques dispositions particulières n'ont disposé que pour des cas spéciaux, de telle sorte que, pour éluder la question de principe, les décisions judiciaires sont forcées de s'appuyer sur le fait.

Non, la législation n'est pas muette. Il suffit de la rechercher, de la coordonner, pour la rétablir et prouver la fausse et malheureuse application qu'en font les arrêts d'une jurisprudence qui n'est arrivée que par degrés à l'absolutisme de ses dernières décisions.

Pour résoudre une question il est essentiel, et il suffit quelquefois, de la bien poser ; pour se bien comprendre il est nécessaire qu'il n'y ait aucune ambiguïté dans les mots, et l'erreur que nous combattons n'étant au fond que le résultat d'une confusion de noms, nous devons tout d'abord restituer à chaque mot son véritable sens.

Le mot *chemin*, répondant à notre ancienne locution *voie*, veut dire tout espace de terrain servant de communication d'un lieu à un autre, quelles que soient sa longueur et sa largeur, indépendamment de ce qu'il est plus ou moins fréquenté et du lieu vers lequel il conduit ¹.

Pour en mieux déterminer l'usage, le langage usuel y a ajouté des adjectifs qualificatifs ; ainsi ceux dont nous nous occupons

¹ *Nouveau Denizart*, v° *Chemin*, § 1, n° 1.

ont reçu l'addition explicative de *ruraux* parce qu'ils conduisent le plus souvent dans les champs : *rura*.

Depuis que l'homme se meut, soit vers les choses, soit vers les êtres, ses pas ont tracé le chemin; l'habitude, la fréquentation en ont à leur tour fixé définitivement l'emplacement comme fait. Comme droit, son existence a été sanctionnée aussitôt que la propriété a été admise en tant que principe constitutif de tout état social.

Dès son origine la propriété se divise en publique, que d'un mutuel accord tous ont laissée en commun pour l'utilité générale; en privée, que chacun s'est réservée dans son intérêt particulier.

De là l'origine de la première grande division des chemins en chemins publics et en chemins privés.

Les chemins publics sont donc ceux qui appartiennent au domaine de l'être moral, collectif, société, état, commune. Comme lui ils sont imprescriptibles, car si le pacte social, dont la propriété est la base, ne peut être rompu par une volonté isolée contre la volonté générale, de même son domaine ne peut être aliéné, usurpé, prescrit par l'individualité, contrairement à l'universalité.

A mesure que l'ordre s'établit dans la société, que le domaine public s'organise, que son administration se régularise, les chemins publics, tout en conservant les caractères extrinsèques de leur nature, se classent, par une nomenclature nécessaire, en des catégories différentes et sous des dénominations distinctes, selon leur usage.

La législation de chaque époque n'étant en définitive que le résumé des principes immuables de la morale sanctionnée par l'expérience et promulguée par le droit des temps antérieurs, nous trouvons dans son origine et son esprit les bases et l'intelligence du droit actuel quant au sujet qui nous occupe.

Origine des chemins.

Pendant chacune des deux grandes périodes du fait et du droit, qui se partagent alternativement l'histoire de la possession et de la propriété de la terre, les chemins ont toujours été laissés dans le domaine public.

Dans la première, celle du fait, l'homme, en tant qu'être col-

lectif, jouit indivisément de la terre que Dieu lui a donnée¹; il n'en utilise d'abord le sol et n'en profite les produits spontanés qu'au moyen du pâturage.

La race humaine croissant bientôt en nombre, l'homme passe de l'état primitif de pasteur à celui secondaire de cultivateur, et demande au travail sa nourriture, à la terre une fertilité artificielle.

Il défriche alors, selon ses besoins, une partie du sol; il se l'identifie en y versant ses sueurs². Il l'unit à lui par le lien de ses efforts; il se l'assimile enfin et se l'attache par cette communion de son être physique et moral. Après avoir détaché cette parcelle de la communauté générale, il se l'approprie encore davantage par une possession continue, sanctionnée par le temps et respectée par autrui. Pour arriver à la part délimitée, séparée, qu'il s'est faite, il passe sur le surplus laissé en commun par un endroit toujours le même, présentant le trajet le plus direct ou le plus facile.

De là l'origine du chemin tracé sur le terrain commun, d'un commun accord, pour l'utilité commune et laissé intentionnellement en dehors de la jouissance individuelle.

Dans la deuxième, celle du droit, l'homme renonce à la communauté naturelle des biens pour vivre en état de société, sous des lois civiles qui lui garantissent³, en échange et en compensation de sa liberté naturelle, la consécration définitive, à titre de propriété, de la jouissance qu'il n'avait antérieurement qu'à titre de possession. La société, ainsi régularisée, classe les personnes et les choses et crée l'État : *Jura autem civilia tunc esse cœperunt, cum civitates conditi et magistratus creari et leges scribi cœperunt*⁴. Elle attribue à cet état moralement le pouvoir, matériellement le domaine public qu'elle compose de tout ce qui était et doit rester en commun dans son propre intérêt.

Les chemins existant lors de cette transformation sociale font donc partie, dès cette période, du domaine public, de telle sorte qu'ils n'ont jamais cessé d'être dans le domaine d'abord de la communauté, puis de l'État, et n'ont jamais fait partie de la propriété privée riveraine.

¹ « Replete terram et subjicite eam, » Genèse, 28, 9, 1.

² J. J. Rousseau, *Émile*.

³ Montesquieu, *Esprit des lois*, L. 26, ch. 15.

⁴ Inst., lib. II, tit. 1, § 11, *De rerum divisione*.

Le défrichement s'avance, avec le temps, sur les terres incultes en respectant les chemins existants, en en créant même de nouveaux, pour accéder aux parcelles nouvellement mises en culture et concédées par l'État ¹, sous les conditions spéciales aux époques contemporaines, mais toujours sous la réserve expresse de la propriété du sol des chemins qu'il réserve dans l'intérêt général.

Ni le temps, ni les modifications, ni les révolutions sociales n'ont pu détruire, mais ont au contraire consacré, ce principe que les chemins appartiennent au domaine public; ce domaine seul s'est modifié selon les époques.

Chez les Germains si la communauté abandonnait à l'individu la récolte provenant de son travail agricole, elle se réservait du moins la propriété du sol et n'en partageait, à des époques périodiques, que la jouissance, mode dont notre époque nous fournit encore quelques exemples en Afrique et dans les Indes ².

Chez les Gaulois, avant la conquête romaine, le domaine public était affecté, quant à son usage, au culte, sous le nom de terres druidiques ³, au chef ou Brenn ⁴, aux nobles ⁵; usagers privilégiés qui en concédaient temporairement la jouissance, sous le nom de terres serviles, à des communautés de serfs laboureurs, s'en partageant l'usage par parcelles, et établissant les chemins nécessaires à leur exploitation.

Alors que les Romains vinrent à étendre leur conquête sur le sol gaulois, ils l'incorporèrent au fisc et en firent deux parts : la première, *ager publicus*, se composant des terres arables que les soldats, devenus colons, cultivaient; la seconde, *ager vectigalis*, comprenant les forêts inextricables, les friches incultes, les vastes pacages, *latifundia*, vers lesquels ils repoussaient le peuple indigène vaincu, jusqu'au moment où ils finirent par couvrir et absorber enfin le territoire entier des Gaules pour en faire une province romaine.

Les colonies d'abord éloignées et éparses se rapprochèrent et finirent par se fondre en cités romaines, pendant que quelques grandes et fortes agglomérations gauloises conservaient

¹ *Lois agraires*, L. 10-11 juin 1793, sect. 3, art. 23.

² Rapport de M. A. Passy à l'Académie des sciences morales, 1845.

³ *Leges Walliæ*, 1, 10, 2.

⁴ *Idem*, 11, 26, 6.

⁵ *Idem*, 1, 9, 13.

plus longtemps leur existence, leur organisation, leurs lois et leurs propriétés, jusqu'à ce que, vaincues enfin dans leur résistance suprême, elles fussent à leur tour noyées par ce flot envahisseur.

Avant cette fusion complète et tant que dura la lutte, les éléments gaulois et romains vécurent côte à côte, toujours en guerre, ayant chacun leur législation distincte, celui gaulois avec ses lois anciennes, celui romain avec les lois de la mère-patrie, le droit romain.

Le principe obscur, il faut bien le reconnaître, sous la première de ces deux législations, que les chemins, partie intégrante du domaine public, étaient et restaient publics, devient, sous la seconde, clair, précis et réglé par des lois positives quant à la propriété du sol :

Quia sicut viæ publicæ publicum est solum ¹.

Viam publicam eam dicimus cujus etiam solum publicum est, viæ autem publicæ solum publicum est relictum, ad certis finibus latitudinis ab eo qui jus publicandi iritur, commearetur ².

Le territoire des cités romaines se divisait en villes inférieures, en bourgades et en districts ruraux. Chacune d'elles avait son domaine, comprenant les chemins, régi par une administration spéciale, composée d'un conseil délibérant, *curia*, choisie, au moyen de l'élection, par et parmi les citoyens qui la composaient ³.

Les chemins étaient surveillés et maintenus par l'autorité publique, résidant d'abord dans les censeurs, puis dans les édiles ⁴ et, afin d'ajouter une plus grande force à celle du magistrat, ils étaient placés sous la sauvegarde de la religion qui présidait à leur conservation et à leur sûreté par ses divinités tutélaires : *Dii vii, lares viales* ⁵, *Apollo præses viarum, deæ vibiles* ⁶, auxquelles même des sacrifices étaient offerts *ut ab erroribus viarum liberarent* ⁷.

Si les voies publiques *regales, militares*, appartenait plus

¹ ff., L. 2, *Viam pub.*

² ff., lib. XLIII, L. 2, tit. 8, § 21.

³ Roth., *Des municip. rom.*, p. 21, n° 34.

⁴ ff., L. édiles, *De via publica.*

⁵ Plaute dans Pausanias.

⁶ Arbonius.

⁷ *Rép. de Platon*, liv. II.

directement à l'État, celles *vicinales* étaient rangées plus spécialement dans le domaine des municipales, sans cesser d'être publiques ¹.

Ces municipales, origine de nos municipalités et de nos communes, avaient, comme conséquences des franchises concédées, la propriété de leur territoire. La base de leur organisation était le droit de cité, originaire pour les vainqueurs, concédé aux cités vaincues dès le 1^{er} siècle de l'empire romain jusqu'à Constantin, suspendu de Nerva à Dioclétien et jusqu'à la chute de l'empire en Occident, rétabli enfin par Julien qui leur restitue les biens enlevés.

Les chemins appartenant spécialement aux municipales comprenaient ceux *vicinales*, parmi lesquels s'en trouvaient qui, commençant d'un bout à une grande voie, pénétraient dans la plaine et finissaient à l'autre bout, sans issue : *Vic vicinales publicarum viarum numero sunt; nam pars earum in militares vias exitum habent, pars sine ullo exitu, intermoriuntur* ².

Ils étaient donc, en tant que publics, à personne et à tous : *Quæ (res) publicæ nullius in bonis, ipsius enim universitatis esse creduntur* ³. Même alors que le sol en aurait été pris originairement sur le bien des particuliers, car ils étaient devenus publics s'ils existaient depuis un temps immémorial : *Quæ ex agris privatorum collatis (viæ) factæ sunt publicæ quarum memoria non extat* ⁴.

Enfin les moins importants, *itineræ*, les sentiers, étaient eux-mêmes publics : *Publici appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad... vias publicas, itinerave publica pertineat* ⁵.

Ils étaient encore, en tant que publics, imprescriptibles ; *præscriptio juri publico non debet obsistere* ⁶; non susceptibles d'usucapion : *usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis in publicis populi romani et civitatum*; alors même

¹ C., *Quæ sunt regalia*.

² ff., lib. XLIII, tit. 7, L. 3, § 1.

³ ff., lib. I, tit. 8, L. 3. — Inst., lib. II, tit. 1, § 6. — ff., lib. XLIII, tit. 8, L. 2, § 2.

⁴ ff., lib. XLIII, tit. 7, L. 3.

⁵ C., *De oper. publ.*, lib. VIII, tit. 10, L. 6.

⁶ C., lib. VIII, tit. 12, L. 6.

que l'usage en aurait été abandonné : *Populus enim rem publicam non utendo, amittere non potest*¹.

Un interdit les protégeait : *Prætor ait ne quid in loco publico facias*²; *ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet quæ publico usui destinata sunt*³.

Cet interdit était perpétuel pour tous, contre tous, et populaire : *Hoc interdictum perpetuo dabitur et omnibus et in omnes*⁴. *Perpetuum et populare, pertinet enim ad publicam utilitatem*⁵.

Il s'appliquait seulement et spécialement aux voies rurales : *Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet*⁶.

Tout fait quelconque qui en changeait l'état, la direction, la largeur, la viabilité, était sévèrement réprimé : *Ait prætor in via publica, itinereve publico, facere, immittere, quid, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, veto*⁷.

Celui qui le labourait ou le repoussait sur son voisin devait être condamné à le rétablir ou replacer à ses frais et à des dommages-intérêts : *Qui viam publicam exaraverit ad munitionem ejus solus compellitur*⁸. *Si in agrum vicini viam publicam quis rejecerit, tantum in eum viæ receptæ actio dabitur, quanti ejus interesse, cujus fundo injuria irrogata est*⁹.

Ces chemins devaient être entretenus par tous ceux qui en jouissaient à quelque titre que ce fût ou qui avaient la propriété des terres y aboutissant, et, en cas d'insolvabilité de l'un d'eux, par contributions entre les autres¹⁰. Enfin, comme conséquence de ce que ces chemins appartenaient au domaine public et ne pouvaient dès lors faire partie de la propriété privée, leur superficie ne devait pas être comprise dans la mesure des pièces de terre voisines¹¹.

Quand l'empire romain en étendant sa puissance l'eut tellement amoindri qu'elle s'en alla par lambeaux, la barbarie succéda à la civilisation, la brutalité du fait au règne de la loi.

¹ ff., lib. XLIII, tit. 11, L. 2.

^{2, 3} ff., lib. XLIII, tit. 8, L. 2, § 5.

^{4, 5} ff., lib. XLIII, tit. 11, L. 1, §§ 34 et 44.

⁶ ff., lib. XLIII, tit. 8, L. 2, § 20.

⁷ ff., lib. XLIII, tit. 8, L. 2, § 24.

⁸ ff., lib. XLIII, tit. 11, L. 3, § 1.

⁹ ff., lib. XLIII, tit. 11, L. 3.

¹⁰ C. Théod., L. 1, § 2. — C., L. De sacr. eccl., Tite-Live, 5, 6, 1. — Barthele, in D. L. ædiles.

¹¹ ff., L. 2, § 20, De cujusque mensura.

Les tribus guerrières du Nord envahirent les Gaules ¹ et se partagèrent la jouissance des terres conquises.

Les Francs se cantonnent bientôt dans une portion du territoire qu'ils choisissent, dans des *villæ* ², villages, qu'habite un certain nombre d'entre eux. Chacun s'y construit une habitation autour de laquelle il se réserve une certaine étendue de terrain ³, pendant qu'au contraire les pâturages, les bois et le surplus du territoire reste commun ⁴, et que chaque année les magistrats en distribuent la jouissance à chacun.

Si, pendant la période des guerres, les champs étaient restés incultes, du moins les nouveaux possesseurs trouvaient les chemins tout tracés et les utilisaient en commun ⁵.

En suivant l'étude de la question qui nous occupe à travers chacune des époques différentes, comme droit des personnes et des choses, depuis l'invasion des Francs, origine de l'empire français, jusqu'aux modifications radicales de 1789, nous verrons encore que jamais les chemins n'ont fait partie des propriétés riveraines qu'ils longeaient, et qu'au contraire ils en sont toujours restés en dehors.

En effet, en face de la royauté naissante et sans force se dresse et s'organise la féodalité; l'homme puissant couvre de sa protection, *patrocinium*, le faible qui lui abandonne volontairement le pouvoir, la propriété, sa personne même pour devenir son serf; ou bien, abusant de sa force, s'empare violemment de ce pouvoir, de cette propriété, de cette personne pour la réduire en servage ⁶.

Les droits personnels des individus, comme ceux municipaux des agglomérations, s'absorbent et s'annihilent dans la toute-puissance suzeraine, qui, seule, a le domaine, *dominium*. Il n'y a plus ni possesseurs ni propriétaires à titre privé, mais des vassaux.

¹ 406 ans après J. C.

² Jules César, *Comment.*, VI, 22. — Tacite, *De mor. Germ.*, XXVI. — Horace, ode III, 24.

³ Laferrière, *Hist. du droit franç.*, t. III, p. 180.

⁴ L. salique, 27, tit. 48, § 28, *De migrantibus*. — L. additionnelle des Burgundes, tit. 1. — L. des Visigoths, ch. 47. — Grégoire de Tours, *Capitulare Pepini regis; Præceptum Caroli calvi*.

⁵ L. de Howel. — Guizot, *Essais sur l'histoire de France*.

⁶ Giraud.

Ce *dominium* constitue une nature particulière de propriété qui prend, du V^e au IX^e siècle, le nom de *beneficium*, et, à partir du X^e, celui de *feodum*, *feudum*, fief, s'étendant sur une certaine étendue du territoire que les rois distribuèrent aux princes de leurs maisons, à leurs grands capitaines, lesquels, à leur tour, les subdivisaient entre leurs officiers; ou que les audacieux se taillaient eux-mêmes, à coups d'épée, sous le nom de hautes, de grandes et de petites seigneuries ¹.

Le fief était donc, quant au pouvoir, un petit état souverain, sous la mouvance du monarque, et, quant à la propriété, un bénéfice en fonds de terre, concédé, à charge de fidélité et de services, temporairement d'abord, héréditairement enfin, par le traité d'Andely ².

Le bénéficiaire n'avait qu'un droit, *sui generis*, révocable, exclusif de toute propriété du fonds, et surtout des chemins : *Benevola, libera et perpetua concessio rei immobilis, vel æquipollentis, cum translatione utilis domini, proprietate retentâ, sub fidelitate et exhibitione servitorum* ³.

Les seigneurs pouvaient, à leur tour, concéder, par inféodation, des parcelles de leurs fiefs à des vassaux, mais ils ne le faisaient et ne pouvaient le faire que dans la limite restreinte de leurs droits et à la charge des obligations qui leur étaient imposées, parmi lesquelles se trouvait notamment celle de conserver et d'entretenir les chemins dans l'intérêt général.

Que cette inféodation fût faite à titre de jouissance temporaire ou de fief transmissible, les chemins n'en restaient pas moins en dehors de la concession, soit parce que le seigneur fiefant, en réservant ses droits seigneuriaux, ne concédait que les terres ou choses expressément désignées en l'aveu, soit parce que la propriété des chemins ne lui ayant pas été transmise par le roi, dont il n'était lui-même qu'un grand et premier vassal, il ne pouvait en disposer.

Les seigneurs et le roi se disputaient la propriété des chemins et des cours d'eau, au moins de ceux qui n'étaient ni chemins royaux ni cours d'eau navigables.

Dans le sens de la prétention royale on soutenait que « quand

¹ Fréminville, t. II, p. 449.

² Confirmé par l'assemblée des grands, en 615.

³ Dumoulin, *Traité des fiefs*.

« le roi avait baillé les fiefs il n'avait pas baillé les chemins « avec ¹. » François I^{er} le décrétait par son ordonnance de 1543, et un arrêt, donné à la Tournelle le 17 octobre 1592, la sanctionnait.

Dans celui contraire ², les seigneurs s'appuyaient sur ce que, lors de l'établissement des fiefs, et même pour les former, le roi avait donné le terrain nécessaire pour les chemins, de telle sorte que, jusqu'aux sentiers, le sol en avait été pris dans le domaine et propre héritage du seigneur, pour l'usage, la commodité et les besoins des habitants. Ils ajoutaient qu'en supposant même l'existence de ces chemins grands ou petits, antérieurs à la concession qui leur avait été faite, on ne pouvait disconvenir que le souverain, en concédant le terrain dont était composée la seigneurie, leur avait en même temps transmis tout ce qui s'y trouvait, sans aucune réserve; que par conséquent le nouveau seigneur était entré aux droits du souverain, de telle sorte que cette transmission avait opéré le même effet que si le seigneur avait donné le terrain nécessaire pour les chemins qui étaient dans son territoire, et qu'enfin, comme ces chemins n'avaient été établis que pour l'usage des habitants et du public, il avait toujours conservé son droit de propriété sur tous ceux qui se trouvaient dans l'étendue de sa seigneurie ³.

Loysel enseignait que si les grands chemins et les rivières navigables appartenaient au roi, les petites rivières et les chemins ordinaires étaient aux seigneurs ⁴.

Enfin on admettait, en tout cas, qu'encore bien que les chemins fussent la propriété des seigneurs, le public en avait l'usage imprescriptible.

Ainsi que la propriété du sol des chemins appartint au roi ⁵ ou aux seigneurs; que ces chemins fussent au nombre des choses publiques ⁶, il n'en résulte pas moins que, par rapport à la propriété et à l'usage, ils étaient en dehors des propriétés

¹ Petrus Jacobus, *In praxi cap. de libell.*

² Championnière, *De la propriété des eaux*, n° 265. — Laferrière, *Histoire du droit français*, t. I, p. 102.

³ Dumoulin, *Traité des fiefs*.

⁴ Inst., liv. II, tit. 2, art. 1 et 6.

⁵ Ordonn. de François I^{er}, 1539; — de Moulins, 1566, ch. 9, art. 13. — Conférences des États de Blois, 1579, art. 329.

⁶ *Coutume de Normandie*, art. 83 et 522.

privées riveraines et ne pouvaient être prescrits¹. La prescription en était impossible encore, parce que le vassal ne pouvait jamais prescrire contre son seigneur².

Celui qui avait détruit, enclos, renfermé un chemin ou empiété sur sa largeur, ne pouvait en prescrire l'occupation et devait être condamné, non-seulement à le rétablir dans toute son étendue, mais encore aux peines qu'il avait encourues³.

Les seigneurs justiciers avaient, dans leurs attributions judiciaires, la police des chemins; ils devaient en protéger la sûreté, en entretenir la viabilité, et, s'ils manquaient à ces obligations, le roi, en sa qualité de grand voyer de France, les leur retirait pour en donner la surveillance aux officiers des eaux et forêts⁴.

Parmi ces chemins ceux qui servaient de terme et de limite, non-seulement aux héritages possédés par divers particuliers de l'un ou de l'autre côté, mais encore de division aux différences directes et censives, en fixant topographiquement le périmètre et l'étendue des fiefs, des dimages, des cures, de la juridiction des hautes et basses justices et du territoire soumis au service des droits féodaux, intéressaient au plus haut point le roi, les seigneurs, les curés, les vassaux et les propriétaires riverains, indépendamment de ce qu'ils étaient établis pour le bien de la société, l'utilité du public et le commerce des individus. Leur usurpation était d'une conséquence infinie, puisqu'il ne s'agissait pas seulement de bornes qui ne divisent le plus souvent que les héritages de simples particuliers, mais qui servaient de limites qu'il n'était permis à personne de changer. Cette usurpation constituait un vol, et était puni du fouet et du bannissement.

Cette ligne séparative était figurée par des bornes placées dans le milieu des chemins. Ces bornes n'avaient pas d'autres causes; elles ne pouvaient servir à la délimitation des propriétés privées et riveraines, puisque le sol de ces chemins, appartenant

¹ Boutellier, liv. I^{er}, tit. 73, p. 428. — Coquille, *Coutume de Nivernais*, tit. 16, art. 1. — *Coutume de Normandie*, ch. 10, § 4.

² *Ancienne coutume de Paris*, art. 7.

³ Beaumanoir, *Coutume de Clermont*, tit. 4, ch. 25, p. 544, quest. 16^e.

⁴ Ordonnance d'Orléans, art. 10; — de Blois, art. 355. — Édits de Henri II, 1505. — Ordonnances de mai 1625 et de février 1636.

au roi ou au seigneur, ne devait jamais être compris dans la contenance de ces propriétés ¹.

Les fiefs, les droits féodaux et les dîmes ont été abolis. Mais ces bornes, non arrachées, sont restées debout; par un oubli volontaire et intéressé des droits qu'elles avaient eu pour but de constater, les propriétaires riverains en ont, depuis et par une interprétation erronée que personne n'était appelé à contester, expliqué l'origine et l'usage d'une manière favorable à leur intérêt. Pour appuyer cette prétention nouvelle à la propriété du sol des chemins, ils ont soutenu qu'elles marquaient la véritable limite de leurs propriétés, et que, comme elles étaient placées au milieu du chemin, leurs pièces s'étendaient jusqu'à ce milieu.

Ce système inventé et soutenu avec empressement par tous les propriétaires riverains, à l'encontre de l'intérêt public qu'aucune autorité régulière ne défendait plus, fut bientôt admis dans la pratique du mesurage des terres comme base des opérations d'arpentage, et cela à tel point qu'il est encore d'usage dans certaines contrées de planter les bornes, même nouvelles, dans le milieu des chemins, et de comprendre ainsi, à tort évidemment, la superficie de ceux-ci dans la contenance totale.

Il ne résultait d'abord de ces prétentions qu'une anticipation intentionnelle, plutôt de droit que de fait, puisque ces chemins restant dans leur ancien état de viabilité le public n'en éprouvait aucun préjudice. Mais, avec le temps, l'erreur primitive s'enracinant et s'étendant à voulu, comme bien d'autres dont l'origine est éloignée, s'élever à la puissance d'une vérité légale et, du domaine de la théorie primitive, passer dans celui de la pratique au moyen de la culture du sol de ces chemins.

La génération actuelle, qui l'a reçue de celle précédente et à laquelle la propriété a été transmise avec cette idée, l'admet, dans son propre intérêt, comme bien fondée, et un arrêt du 19 novembre 1861 semble la sanctionner.

SECONDE PARTIE.

Nous avons parcouru, dans la première partie de ce travail, l'histoire de la législation ancienne des chemins, et nos re-

¹ Arrêt du Parlement, 13 juillet 1520.

cherches se sont portées plus spécialement sur ceux auxquels notre époque a donné la qualification particulière de *ruraux*.

Si cet examen rétrospectif pouvait paraître de prime abord trop long et peut être superflu, qu'il nous soit permis de rappeler qu'il s'agit ici, non pas seulement de démontrer une vérité, mais encore et surtout de détruire une erreur accréditée par la Cour suprême elle-même, organe officiel de la pensée du législateur; que quand un sophisme a pris, dans l'opinion générale, la force d'un axiome, il faut, pour le démasquer, procéder par l'analyse en partant des principes et des faits pour rétablir, par la synthèse, la vérité dans sa force et sa lumière; que, pour l'arracher, il faut creuser d'autant plus avant qu'il est plus profondément enraciné, et qu'enfin, pour détruire une erreur, il faut remonter aux sources de la vérité.

Afin d'arriver sûrement à la saine interprétation des lois qui régissent actuellement les chemins, il fallait étayer notre dissertation sur des bases historiques, légales, indiscutables. L'exposition raisonnée du droit antérieur était donc nécessaire pour expliquer le droit actuel.

Pour bien établir ce dernier, nous aurons donc à examiner :

1° Les bases nouvelles de la propriété, spécialement en ce qui concerne le domaine public et le domaine privé;

2° Quels sont les chemins publics et comment s'établit leur publicité;

3° Leurs différentes dénominations et les effets de celles-ci;

4° L'existence, la nature et la valeur des titres de propriété en ce qui concerne les chemins;

5° L'imprescriptibilité du sol des chemins.

CHAPITRE I^{er}.

DE LA PROPRIÉTÉ EN CE QUI CONCERNE LE DOMAINE PUBLIC.

La révolution de 1789, en abolissant les prérogatives féodales, a profondément modifié la société et l'a organisée sur des principes nouveaux, diamétralement opposés à ceux préexistants.

Pendant la période de troubles, de gestation laborieuse, de sanglant enfantement d'un nouvel ordre de choses, des décrets, des lois, des arrêtés concernant les chemins ont été édictés, mais non codifiés.

Ces dispositions éparses, sans être contradictoires, ont cependant le tort de ne pas former un tout homogène, à tel point qu'il devient nécessaire, pour arriver à résoudre la question qui nous occupe, de rechercher l'esprit et la règle générale de la législation dans l'ensemble des dispositions partielles, tout en évitant soigneusement de s'arrêter aux prescriptions isolées de l'une d'elles, s'appliquant spécialement à un sujet particulier, et, comme le fait précisément la jurisprudence en prenant pour base de ses décisions relatives aux chemins ruraux la loi du 21 mai 1836, de généraliser d'abord pour appliquer ensuite aux détails une loi particulière, qui, loin de régir le genre des chemins en général, n'est applicable qu'à l'espèce particulière des chemins vicinaux.

Quand il aura été démontré que les chemins ruraux font, au même titre que tous les autres chemins, partie du domaine public, il sera prouvé que les principes propres à celui-ci leur sont applicables; qu'ils sont et doivent rester comme lui en dehors de toute propriété privée, sans qu'aucune prescription ni possession utile puissent les y incorporer à l'avenir.

Définir le domaine public sera donc prouver cette proposition.

En modifiant l'état des personnes, la révolution organisa la société civile, l'état et la propriété sur des bases nouvelles.

La nation, être collectif, se substitua à la personnalité du souverain, et, en même temps que le pouvoir, *dominium*, descendait, en élargissant sa base, du principe de l'unité pour résider dans la nation, le domaine royal devenait le domaine public ¹.

Les biens, considérés dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent ², se divisent en deux grandes classes, la première comprenant la propriété collective, la seconde celle individuelle ³. Dans la première de ces deux classes se range la propriété des choses qui composent le domaine public, c'est-à-dire toutes les parties du territoire français non susceptibles de propriété privée, collective ou individuelle ⁴, indivisibles, imprescriptibles, et consacrées, sans appartenir à personne pri-

¹ L. 22 novembre 1790.

² Liv. II, tit. 2, ch. 3 C. N.

³ Art. 537 C. N.

⁴ Art. 538 C. N.

vativement, à l'usage et au service publics de la société¹. Domaine *sui generis* appartenant à la nation², placé hors du commerce et des règles communes qui régissent la propriété, affecté à une destination telle que les biens qui le composent ne peuvent devenir propriété privée tant que l'intérêt public exige qu'ils restent ce qu'ils sont³; domaine que l'on doit encore diviser topographiquement entre les subdivisions territoriales et administratives de la France, pour le localiser plus facilement afin de reconnaître la juridiction qui lui est applicable, l'administration qui lui est spéciale, l'assiette de perception des charges qui le grèvent, enfin pour indiquer par avance à laquelle de ces subdivisions il pourra appartenir s'il vient à être déclassé.

Dans les autres parties de la grande division de la propriété collective se rangent les biens, 1° de l'État et de ses subdivisions administratives, 2° des établissements publics également consacrés à l'utilité de tous, mais dans un but spécial et d'une manière moins générale, quoique appartenant encore à l'universalité des citoyens⁴ partageables⁵; aliénables sous les conditions établies par la loi, prescriptibles⁶ enfin comme toute autre espèce de propriété.

L'organisation territoriale de la France en départements, arrondissements, cantons et communes⁷, a eu pour effet de donner à chacune de ses divisions une existence légale, des droits distincts, quoique centralisés sous le contrôle du gouvernement, d'attribuer à chacune d'elles des droits de propriété sur la portion de son territoire ne rentrant ni dans le domaine public général ni dans le domaine privé particulier, pour lui en former un domaine collectif.

¹ Proudhon, *Traité du domaine public*, t. II, p. 1, 2. — Magnitot et Delamarre, *Dictionn. de droit administratif*, v° *Domaine public*, § 1^{er}.

² Décret 22 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 2. — L. 18 juillet 1791, tit. 4, art. 1, 2.

³ Art. 541 C. N. — Maurel et Boulatignier, *Fortune publique*, t. 1^{er}, n° 26. — Dufour, *Droit administratif*, n° 1419. — Proudhon, *Traité du domaine public*, t. III, n° 819. — Besançon, 30 novembre 1843.

⁴ Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, p. 131.

⁵ Art. 1^{er} L. 10-11 juin 1793. — L. 21 août 1791. — L. 2 prairial an II, art. 2. — L. 18 juillet 1837, tit. 4.

⁶ Art. 2227 C. N.

⁷ LL. 26 février 1790, 28 pluviôse an III.

Comme l'État a son domaine privé national, de même le département, la commune ont aussi leur domaine privé départemental, communal¹, appartenant à la communauté des habitants de ces divisions, et auquel chacun d'eux a, concurremment avec tous les autres, un droit de jouissance indivise. Le domaine privé communal est un démembrement du domaine public, concédé², lors de leur établissement, de leur reconnaissance³ et de leur organisation définitive, aux communes⁴, ou sociétés de citoyens unis par des relations sociales et se composant de biens dont les habitants ont seuls, *ut singuli*, la communion de jouissance par la perception des fruits en nature ou, *ut universi*, par l'emploi des revenus en dépenses utiles à la communauté, sans que les étrangers puissent y prétendre aucun droit; patrimoine communal composé, outre les valeurs mobilières, d'immeubles dont la nomenclature, dans laquelle ne se trouvent pas les chemins, est légalement indiquée⁵.

Les biens appartenant au domaine public peuvent passer dans ce domaine collectif privé de l'État et de ses subdivisions, au moyen d'un déclassement opéré par l'autorité administrative, alors que leur destination première ne peut plus s'exercer, soit parce qu'elle n'est plus possible, soit parce que l'affectation à l'usage général de la société serait devenue onéreuse sans avantages.

Si l'on considère les biens composant le domaine public au point de vue des charges qui les grèvent, on remarque que, quoiqu'ils servent à tous sans appartenir à personne, les dépenses relatives à leur entretien et à leur conservation doivent du moins, pour dégrever d'autant celles de l'État, être supportées plus spécialement par les citoyens qui en retirent un produit plus direct. L'administration, la surveillance de ces sortes de biens, la répression des atteintes qui viendraient à y être

¹ Art. 1 décret du 14 août 1792. — Art. 14-15 L. 28 août 1792. — Art. 1, 4, 5, sect. 1^{re}, L. 10 juin 1793. — L. 9 brumaire an IV. — L. 20 mars 1813. — Art. 542 C. N.

² Décret 9 avril 1811, art. 1^{er}.

³ L. 10 juin 1793, art. 2.

⁴ LL. 20 mars 1831; — 28 avril 1816, art. 15.

⁵ LL. 10 juin 1793, art. 1-8; — 3 frimaire an VII, art. 109; — 20 mars 1813, art. 1, 2.

portées, sont, pour être plus efficaces, confiées à l'autorité locale; surveillance d'entretien, de police et juridiction que l'État, en vertu de la délégation et par représentation des pouvoirs de la nation, exerce, par ses agents, dans l'intérêt de tous, afin que chacun puisse en jouir librement.

Mais aussi, et par une juste compensation de ces charges, quand la destination originaires d'une partie quelconque de ce domaine public vient à cesser, il est équitable qu'après déclassement régulier, elle soit attribuée, alors qu'elle est devenue vacante et sans destination, à la subdivision administrative sur le territoire de laquelle elle se trouve et entre pour l'avenir dans la propriété collective privée de celle-ci. Cette attribution au surplus est régulière, puisque cette subdivision est propriétaire de tous les biens qui, dans sa circonscription, n'appartiennent ni au domaine public ni au domaine privé individuel.

Le domaine public ainsi défini, il est facile d'en déterminer les éléments et de reconnaître qu'au premier rang se trouvent les chemins. En effet, ceux-ci ont bien les caractères intrinsèques de publicité et de consécration nécessaire au premier chef à l'usage public de la société, puisque chacun de ceux qui la composent a le droit et éprouve le besoin d'y circuler librement, et qu'il devient indispensable que les chemins, pour remplir les conditions de leur nature, soient imprescriptibles, indivisibles, inaliénables et en dehors du commerce ¹.

CHAPITRE II.

DE LA PUBLICITÉ DES CHEMINS.

Les chemins publics sont les voies de communication plus ou moins importantes qui conduisent de communes à communes ou servent, dans leur territoire et hors de l'enceinte des habitations, à l'exploitation des propriétés rurales ², tandis que les chemins privés peuvent être définis : la portion de terrain consacrée au passage et appartenant, soit à titre de servitude sur l'héritage d'autrui, soit à titre de propriété privée, à ceux qui s'en servent pour leur usage particulier ³.

¹ Bigot-Préameneu, exposé des motifs du Code Napoléon. — Foucart, t. II, p. 456-469.

² Cassation, 15 février 1828.

³ Garnier, *Traité des chemins*, p. 476.

Ces définitions, fondées en droit, ne présentent aucune obscurité au point de vue spéculatif; mais aussitôt que l'on sort de la théorie pour rentrer dans leur application pratique, on se heurte contre la difficulté d'en établir le sens clair et l'interprétation précise, en un mot de savoir, en fait, à quels caractères on reconnaît qu'un chemin est public, par qui et de quelle manière sa publicité doit être établie.

Pour appliquer les principes qui précèdent on doit dire qu'un chemin est public quand il réunit l'un des caractères distinctifs des biens placés dans le domaine public, savoir : 1° quand il est nécessaire ou au moins utile à tous ou à une certaine catégorie de citoyens non réunis entre eux par un intérêt privé de copropriété; 2° quand le passage s'y exerce à titre de droit, publiquement et sans opposition des riverains; 3° quand l'autorité, agissant au nom de l'intérêt public, a reconnu son existence, son caractère et la nécessité de sa conservation; 4° quand son entretien est, en tout ou en partie, à la charge de la commune; 5° enfin quand il est sous la surveillance de la police locale.

La reconnaissance et l'appréciation de l'accomplissement de ces conditions appartiennent essentiellement à l'autorité administrative, représentant officiel de l'intérêt et de l'ordre social, puisque c'est à elle qu'est confiée la mission de veiller à la conservation de la fortune publique, à l'entretien, à l'amélioration de la viabilité, de protéger et d'étendre les moyens de communication, d'ordonner et de réglementer, en exécution des lois, les mesures de police, de les faire exécuter et, pour y arriver plus sûrement, de déterminer et qualifier les lieux sur lesquels devra s'exercer son action répressive ¹.

La connaissance et la décision des questions intéressant l'intérêt public rentrent dans les attributions du pouvoir administratif, en sa qualité d'organe et de délégué de la volonté nationale.

Tandis que le pouvoir civil judiciaire, au contraire, n'est appelé qu'à protéger l'intérêt privé en statuant sur les contestations qui naissent entre les individus.

¹ L. 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 11, art. 40. — L. de brumaire an IV, art. 605, § 2. — Arrêté des consuls du 22 messidor an V. — Art. 382, 471, n° 13; 475, n° 10; 479 du Code pénal; 147 du Code forestier.

En vertu du principe de la séparation des pouvoirs¹, leurs attributions respectives de compétence se trouvent séparées par la nature des intérêts qui sont soumis à leurs juridictions, et s'il arrive que l'intérêt public soit en opposition avec l'intérêt privé ou que l'un se confonde tellement avec l'autre qu'il devienne difficile de reconnaître à laquelle de ces deux juridictions appartient la connaissance du litige, il devient nécessaire, dans ce conflit de compétence, de désigner celle qui doit en être saisie. Cette attribution se fait par un pouvoir régulateur, mixte, le tribunal des conflits², créé pour maintenir et faire respecter la séparation des juridictions administratives et judiciaires³ et empêcher entre elles les luttes ou les empiétements.

Relativement aux chemins, la question de publicité⁴ *touchant à l'intérêt public* en dehors de toute contestation de propriété privée doit évidemment appartenir à l'autorité administrative; celle de la propriété du sol, s'il ne s'agit que de l'application des principes du droit privé, semble au contraire devoir être soumise à la connaissance des tribunaux civils⁵. Enfin il appartient aux tribunaux répressifs de faire aux délits et contraventions l'application des lois et règlements de police.

Mais il est évident que la question de publicité domine toutes les autres qui ne peuvent être que secondaires, puisque, si la publicité d'un chemin est reconnue, il appartient par cela même au domaine public, et toute prétention à sa propriété, à titre privé, ne saurait être admise. Comme aussi ce serait en vain qu'on essaierait de repousser l'application des lois de police en se fondant sur ce qu'elles ne sauraient entraver la libre jouissance d'une propriété privée, et qu'il ne s'agirait, dans l'espèce, que d'un chemin privé.

Le pouvoir administratif réside, au sommet, dans le chef de l'État qui l'exerce, soit directement, soit par ses agents auxquels il le délègue; pour mûrir et prendre ses décisions il s'aide

¹ LL. 10-12 août 1790; — 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13; — 3 septembre 1791; — 24 juin 1793; — 3 fructidor an III.

² LL. 3 mars 1849; — 4-8 février 1850.

³ Cormenin, *Droit administratif*, v° *Conflit*, p. 440.

⁴ Cass., 26 août 1825. — Conseil d'État 7 août 1807; — 7 octobre 1817; — 18 juin 1825; — 17 août 1836.

⁵ Cass., 11 avril 1810; — 14 mars 1819; — 19 mars 1830; — 4 juin 1828; — 18 juin 1853; — 5 janvier 1855; — 9 décembre 1857.

de l'avis du Conseil d'État, corps auxiliaire fonctionnant en vertu de lois organiques ¹; préparant par ses études la solution des difficultés contentieuses qui s'élèvent, en matière administrative, sur l'application des lois qui régissent les relations de la puissance publique avec les intérêts privés; élaborant les questions d'interprétation et d'exécution des actes administratifs; se rendant enfin, en certains cas, l'organe comme avis des intérêts généraux et collectifs de la société.

C'est donc au chef du gouvernement, en son Conseil d'État, que l'on doit recourir contre les décisions des agents inférieurs, alors qu'ils ont agi en dehors de leurs pouvoirs comme compétence, ou de leurs droits comme application de la loi, afin d'en obtenir le retrait, l'annulation ou la réformation.

Mais toutes les fois que le pouvoir s'est renfermé dans le cercle de ses attributions en suivant les formes exigées par la loi, sa décision est légale, obligatoire, et il ne saurait être permis à aucune autre autorité, sans renverser les bases fondamentales du respect des lois, de l'inviolabilité de la chose jugée et de l'ordre dans la société, de l'annihiler directement ou indirectement.

Il est donc évident que quand un chemin a été classé régulièrement par l'autorité administrative, qui, seule, a qualité pour le faire, sa publicité ne doit plus être discutée.

Dans la pratique on confond trop souvent cependant la question de publicité avec celle de propriété, ou plutôt on ne fait pas, ainsi qu'on le devrait, découler implicitement la seconde de la première. Si l'article 538 du Code Napoléon décide théoriquement que les chemins en général appartiennent au domaine public, ce n'est qu'en appliquant à chacun des différents chemins existants leurs caractères distinctifs et particuliers, qu'il est possible de classer les uns parmi les chemins publics et les autres parmi les chemins privés, afin, une fois cette distinction établie et leur nature définie, d'en tirer les conséquences qu'elle entraîne.

¹ Constitution des 22 frimaire an VIII; 1848, art. 71; — 14 janvier 1852.
— Décret du 25 janvier 1852.

CHAPITRE III.

DIFFÉRENTES DÉNOMINATIONS DES CHEMINS ET LEURS CONSÉQUENCES.

C'est une grave erreur d'établir entre les chemins des distinctions légales fondées sur la différence de leurs dénominations, quant à leur publicité du moins. Cette différence n'a été admise dans le langage usuel qu'afin d'exprimer plus facilement et de rendre plus clairement l'idée que l'on veut transmettre de sa destination, de rendre enfin la désignation du chemin dont on parle plus compréhensible.

La locution générique, le nom moderne de *chemin* (de l'italien *cammino*) s'applique à toute espèce de terrain servant de communication d'un lieu à un autre.

Pour en distinguer les espèces, la langue latine avait sur la nôtre l'avantage de présenter à l'esprit une idée complète au moyen de mots propres et spéciaux à chacune d'elles.

Elle appelait *semi-iter* le petit sentier d'un pied de large à l'usage des piétons seulement; *iter*, le sentier de deux pieds de large pour les piétons et les cavaliers¹; *actus*, le terrain de quatre pieds de large, dans lequel on passait avec bestiaux et voitures, sans cependant pouvoir y traîner ni bois ni pierres²; enfin *via*, celui de huit pieds de large dans ses parties droites, seize dans celles courbes, et sur lequel le passage et la traction s'exerçaient sans restriction³.

La langue française, dans sa pauvreté, a besoin d'ajouter au substantif des adjectifs qualificatifs, tels que *communaux*, *vicinaux*, *ruraux*, pour en spécifier l'usage; mais il n'est venu à l'idée de personne, avant la loi du 21 mai 1836, que ces qualifications, dont l'habitude s'était introduite dans le langage usuel, devaient emporter avec elles une signification légale, et cela est si vrai que le législateur, dans les projets, comme dans le texte, l'autorité dans les décrets, les ordonnances et les circulaires, se servirent toujours indistinctement, et tour à tour, tantôt de l'une, tantôt de l'autre, pour ne les appliquer cependant qu'à une espèce identique.

Dans le sens ordinaire l'adjectif *communal* sert à indiquer

¹ ff., lib. VIII, tit. 3, L. 12.

² ff., lib. VIII, tit. 3, L. 7.

³ ff., lib. VIII, tit. 3, L. 8.

collectivement et indistinctement tout chemin appartenant à une commune.

Celui *vicinal* (de *vicinalis*, voisin) s'applique au chemin qui intéresse le voisinage, et fut introduit, pour la première fois, par Necker, dans le style officiel.

Celui *rural* (de *rus*, *rura*) enfin, que l'on rencontre pour la première fois dans la loi du 28 juillet 1824, désigne un chemin affecté plus spécialement aux besoins de l'agriculture.

En parcourant les projets, les discussions, le texte des lois, les décrets et les circulaires ministérielles¹ relatives aux chemins, on remarque qu'ils sont tous qualifiés, tantôt de *publics*², tantôt de *communaux*³, tantôt de *vicinaux*⁴, tantôt enfin de *ruraux*⁵, notamment dans la circulaire du ministre de l'intérieur⁶, intitulée « chemins ruraux, instruction sur la reconnaissance des chemins ruraux et la police de ces voies publiques. »

On remarque enfin quelquefois que, dans une même loi, comme celle de 1824, par exemple, dans un même rapport, comme celui que faisait M. Vivien au nom de la commission, les expressions *vicinaux*, *ruraux*, sont employées dans le même sens.

La jurisprudence et les auteurs se servent également, *ad libitum*, de ces différentes dénominations pour indiquer plus spécialement le chemin dont il s'agit dans l'espèce, mais sans tirer de ces distinctions de fait des différences de droit.

Cela est si vrai que si l'on rencontre cette dissemblance dans les termes, on n'en trouve aucune au fond dans le droit, puisqu'en s'expliquant sur les chemins et les différents usages qui les font désigner actuellement d'une manière différente, on les trouve confondus dans des définitions aujourd'hui distinctes, notamment dans le préambule de l'arrêté directorial du 23 messidor an V, qui appelle *vicinaux* ceux dont la destination est de faciliter *l'exploitation des terres*.

¹ Instruction ministérielle du 30 octobre 1824.

² LL. des 25 juillet-15 août 1790; — 12 novembre-1^{er} décembre 1791, art. 15, 16 et 18; — 11 frimaire an II; — 16 frimaire an VII.

³ L. 28 juillet 1828, art. 7.

⁴ Art. 381 du projet de Code rural. — Arrêté des consuls des 29 floréal et 24 vendémiaire an XI. — LL. 23 messidor an V; — 9 ventôse an XIII, art. 6.

⁵ L. 28 juillet, art. 8 et 10.

⁶ Du 16 novembre 1839.

Il est donc évident, et il ressort de ce qui précède, qu'on ne doit tirer aucune conséquence sérieuse, en droit, du nom sous lequel on désigne un chemin, et que, vis-à-vis des termes si précis de la législation, il est impossible de méconnaître qu'ils appartiennent tous, quels que soient leurs noms, au domaine public.

Mais, sans oser lutter directement contre le principe radical qui ne fait aucune distinction entre eux, la jurisprudence, après avoir décidé que les chemins ruraux rentraient dans la classe des chemins publics ¹, a, depuis la loi de 1836, tourné l'application de ce principe en créant deux catégories nominales, l'une comprenant les chemins vicinaux et l'autre ceux ruraux, et en admettant les premiers à jouir seuls des prérogatives de la publicité, tandis que les seconds en seraient privés, comme si les uns et les autres n'existaient pas au même titre, comme si cette loi de 1836 avait modifié celles antérieures, comme si enfin son esprit, son économie et ses dispositions n'avaient pas eu pour but et pour résultat uniques d'organiser une meilleure viabilité de certains chemins publics, plus utiles parmi les autres chemins publics.

Ce serait en effet se tromper étrangement que de croire que la présentation et la promulgation de cette loi ont eu d'autres causes.

Il ne suffisait pas, pour arriver à obtenir et à conserver une bonne viabilité, que les chemins fussent publics et comme tels imprescriptibles, il fallait encore, pour vaincre le mauvais vouloir des contribuables, la résistance des propriétaires riverains et progresser avec la civilisation, aviser au moyen d'entretenir, de redresser et d'ouvrir au besoin les chemins nécessaires aux relations du voisinage. Si la loi des 7-11 novembre 1789, art. 6, avait attribué aux juges de district la police de la conservation des chemins; si le décret du 16 août 1790 avait placé dans les attributions municipales tout ce qui intéresse la sécurité et la commodité du passage sur les chemins; si la loi des 14-18 décembre de la même année avait donné à l'autorité municipale le pouvoir de veiller à leur entretien; si le Code rural des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. 6, art. 2, avait confié au directoire du district la mission de déclarer l'utilité, d'or-

¹ Cass., 15 février 1828; — 9 avril 1862.

donner la confection des travaux nécessaires à leur entretien et de pourvoir aux dépenses à effectuer au moyen d'une imposition au marc le franc de la contribution foncière, leurs dispositions présentaient du moins l'inconvénient de n'édicter aucune sanction, aucun moyen coercitif, et restaient le plus souvent à l'état de lettres mortes.

L'arrêté des consuls du 4 thermidor an X, art. 6-22 et 23, la loi du 9 nivôse an XIII et celle du 28 juillet 1824 ordonnaient, il est vrai, des mesures d'exécution, utiles en théorie, mais inefficaces en fait parce qu'elles n'étaient pas obligatoires.

Cette législation présentait le double inconvénient de ne fournir aucun moyen de contrainte, et de n'imposer que des charges isolées, quand au contraire les travaux, pour être utiles, devaient être faits avec ensemble par la réunion des communes intéressées, sous la direction d'une autorité centrale, et d'empêcher enfin le mauvais vouloir, la pauvreté ou la négligence de l'une des communes traversées d'amener une interruption, une lacune, dans le parcours d'une voie de communication desservant plusieurs centres de population. A cause de l'incurie ou de l'impuissance des administrations locales, les chemins étaient arrivés à un tel état de dégradation que les relations et la culture des terres en éprouvaient le plus grave préjudice, et que des plaintes s'élevaient de toute part, lorsqu'en 1832 cinquante-deux conseils généraux formulèrent le vœu d'une législation plus complète et surtout plus efficace; ce fut donc pour donner satisfaction aux réclamations fondées dont ils étaient les organes que fut préparée, proposée et promulguée la loi du 21 mai 1836.

Son esprit, son économie, son but consistent uniquement à combler les lacunes des lois antérieures en les complétant par l'addition de mesures qu'elles avaient omises et dont l'expérience avait démontré la nécessité.

En présentant à la Chambre cette loi nouvelle, le ministre de l'intérieur en développait le système dans les termes suivants : « L'importance des chemins vicinaux n'est pas égale, elle varie suivant les localités, il y en a même d'un intérêt si général que le défaut de ressources du département a seul empêché de les élever au rang de routes départementales, de là on a proposé deux systèmes de qualification : les uns ont proposé les dénominations variées de chemins *vicinaux*, chemins

cantonaux et chemins *d'arrondissement* ; les autres ont proposé de reconnaître simplement des chemins vicinaux de plusieurs classes. Ces deux systèmes ont été combattus, le premier comme reposant sur des distinctions purement nominales qui ne caractérisaient pas bien la véritable différence de ces voies de communication, le second comme n'offrant, dans un vain numérotage de classes, qu'un moyen insuffisant de préciser l'importance relative des lignes. On s'est donc arrêté à une distinction, sensible parce qu'elle est réelle, entre les chemins vicinaux dont l'utilité s'étend à plusieurs communes et les chemins communaux qui ne dépendent que d'une seule commune, distinction qui permet de distribuer équitablement la dépense en faisant contribuer les communes individuellement aux chemins vicinaux, dits communaux, qui les intéressent seules, et concurremment aux chemins vicinaux qui intéressent plusieurs d'entre elles à la fois. C'est pourquoi les communes réunies, l'arrondissement, le département lui-même, doivent contribuer aux dépenses d'un chemin vicinal, suivant son importance ou la nécessité de suppléer à la pauvreté des localités, tandis que la commune seule doit pourvoir à celles relatives à un chemin communal.

« Ce concours des localités nous conduit à la pensée de faire intervenir l'autorité supérieure (nous voulons parler ici de l'autorité départementale) dans l'administration des chemins vicinaux. Cette conséquence était forcée ; les ressources individuelles des communes étant reconnues insuffisantes pour l'établissement et l'entretien des chemins vicinaux, et des secours départementaux étant jugés indispensables, il devenait naturel que l'autorité départementale réduît la direction des travaux à la contribution des fonds nécessaires. Au surplus, ne pas faire intervenir une autorité supérieure à l'autorité communale, c'était laisser pour jamais les chemins vicinaux dans l'état déplorable où ils se trouvent aujourd'hui, état qui nuit si gravement à l'agriculture et au commerce intérieur¹. »

Le nouveau Code de la voirie vicinale a donc eu pour but et pour résultat de créer une organisation complète des chemins vicinaux, sans s'occuper des autres chemins et sans rien innover en ce qui les concerne.

¹ *Moniteur* du 25 mars 1835.

En résumé, la loi de 1836 divise les chemins vicinaux, auxquels seuls elle s'applique, selon leur importance et l'intérêt, local ou général, qu'ils servent, pour en faire supporter les charges par une ou plusieurs communes ou même le département.

Elle régleme le classement, le tracé, l'élargissement des chemins vicinaux préexistants ; l'ouverture des nouveaux, par voie d'acquisition, de dépossession ou d'expropriation ; les travaux et le mode de leur confection ; enfin les dépenses de leur établissement et de leur entretien.

Elle crée les ressources qui doivent y faire face, en fixe le mode de recouvrement et de répartition.

Elle édicte les moyens légaux pour surmonter les obstacles de fait et de droit, en donnant aux préfets la faculté d'ordonner d'office les mesures nécessaires, en créant par le personnel des agents voyers un pouvoir hiérarchique nouveau pour arriver par l'unité d'action à assurer son exécution.

Dans l'analyse qui précède de la loi de 1836, nous ne trouvons absolument rien qui, directement ou indirectement, touche à la publicité des chemins en général. En expliquant, dans son article 1^{er}, qu'elle s'applique aux chemins vicinaux *légalement reconnus*, elle n'a pas plus la prétention d'abroger les lois antérieures que de porter une législation nouvelle sur le mode de reconnaissance des autres chemins, et cela est si vrai que le projet portant originairement : *reconnus conformément à l'article 6 de la loi du 9 ventôse an XIII et à l'article 1^{er} de la loi du 28 juillet 1824*, la chambre crut devoir supprimer cette rédaction et dire simplement *légalement reconnus*, afin que, quelle que fût la loi en vertu de laquelle le chemin eût été classé, la disposition lui fût applicable ; rectifiant ainsi par la discussion, et reconnaissant officiellement le mode et la légalité de la reconnaissance et du classement des chemins opérés par l'autorité préfectorale, sur la proposition de celle municipale, il faut donc, par voie de conséquence rigoureuse, reconnaître que cette loi de 1836, au lieu d'amoindrir en droit le résultat du classement et de la déclaration de publicité des chemins, quels qu'ils soient, le confirme et le ratifie de la manière la plus formelle et la plus positive.

Les adversaires de la publicité des chemins ruraux tirent cependant leur unique argument de ce que l'article 10 de cette

loi de 1836 portant : « Les chemins vicinaux reconnus et maintenus comme tels *sont* imprescriptibles, » tous les autres chemins seraient exclus du bénéfice de l'imprescriptibilité ; comme si cet argument ne croulait pas au plus léger examen et à plus forte raison devant l'interprétation sérieuse de cette loi.

Cet article constate, en disant *sont*, et non pas *seront*, un principe reconnu bien loin d'en édicter un nouveau. En effet, si le législateur de 1836 a cru devoir rappeler que les chemins vicinaux étaient, en tant que chemins publics, imprescriptibles, ce rappel au principe général ne peut avoir pour résultat que de le confirmer pour l'espèce dont il s'occupe, sans porter la moindre atteinte aux droits acquis de celles dont il ne s'occupe pas ; alors surtout que les éléments antérieurs, les projets de lois, les discussions préparatoires, le texte formel des lois, l'expression enfin de la volonté législative sont radicalement contraires à un pareil système.

L'esprit de la loi tout entière, et principalement de l'article 1^{er}, est fondé sur le droit qu'a l'autorité administrative de déclarer, de reconnaître la publicité des chemins, en usant de la prérogative qui lui est conférée à cet effet, et sans laquelle cet article et dès lors cette loi n'auraient aucune portée.

Si donc la jurisprudence admet, et elle ne peut s'y refuser, l'existence et l'autorité des lois qui ont donné à l'administration municipale le pouvoir de reconnaître la publicité des chemins vicinaux, comment, alors que ces mêmes lois ne limitent pas ce pouvoir aux chemins vicinaux seulement, mais l'étendent au contraire à toute espèce de chemins, peut-elle décider que le classement, parmi les chemins publics de la commune, d'un chemin rural est illégal et ne saurait produire d'effet alors qu'il a été fait dans la forme légale ?

Il faut donc conclure qu'il n'est pas possible d'établir parmi les chemins des catégories de droit correspondantes à des catégories nominales, et que, dès qu'un chemin remplit les conditions et qu'il a les caractères de publicité, il est public.

R. DE RAZE.

(La suite à une prochaine livraison.)

DU DROIT DE SUITE SUR LES NAVIRES.

Par M. F. HOUZARD, agréé à Fécamp (Seine-Inférieure).

Ce droit appartient-il à tous les créanciers indistinctement?

Les navires sont meubles (ordonnance de 1681, livre II, tit. 10, art. 1^{er}; — art. 190 du Code de commerce).

Malgré les différences de nos législations provinciales avant 1804, sur le droit hypothécaire, on reconnaissait généralement que *les meubles n'avaient point de suite par hypothèque* (art. 170 de la coutume de Paris), ce que proclame également le droit nouveau dans l'article 2119 du Code Napoléon.

La vente volontaire des meubles n'est soumise à aucune formalité; leur transmission en rend la propriété incommutable aux mains de l'acheteur (art. 1138, 1141 et 2279 du Code Nap.); mais à raison de l'importance des navires, surtout de leur extrême mobilité, qui les soustrait souvent au regard, à l'action des intéressés, le législateur a voulu que la vente volontaire n'en pût être faite que par acte écrit ayant date certaine; que cette vente, faite au cours d'un voyage, ne pût préjudicier aux créanciers du vendeur (ordonn. liv. II, tit. 10, art. 3; — Code de comm., art. 195 et 196).

Le législateur a voulu davantage: le navire, régulièrement vendu, devait se trouver libre aux mains de l'acheteur; alors apparaît la dérogation la plus considérable au droit régissant les meubles: malgré la vente, *malgré le paiement du prix*, le navire pourra être *suivi, saisi* pour dettes du vendeur, aux mains de l'acheteur, jusqu'à ce qu'il ait fait un voyage en mer sous le nom, aux risques et périls de celui-ci (ordonn. liv. II, tit. 10, art. 2; — Code de comm., art. 193).

CE DROIT DE SUITE SUR LE NAVIRE PASSÉ EN D'AUTRES MAINS, *appartient-il indistinctement à tous les créanciers du précédent propriétaire*, ou seulement aux créances affectées spécialement et privilégiées?

Telle est l'importante question dont nous entreprenons d'éclairer la solution.

Quelle est la raison d'être du droit de suite? — Suivant nous, la voici :

Il est certaines créances que l'intérêt de la navigation, celui même de l'État, lié si intimement au premier, commande de favoriser. Un armateur peut n'avoir pas les moyens d'armer, d'expédier son navire; au cours du voyage peuvent se produire mille incidents auxquels l'armateur, quelle que soit sa fortune, sera dans l'impossibilité de faire face. Si donc ceux qui sont appelés à pourvoir à tous ces besoins n'étaient pas assurés de leur payement, la navigation se trouverait sérieusement entravée. C'est pour parer à ces redoutables inconvénients qu'un privilège a été conféré aux créances dérivant de causes maritimes (ordonn., liv. 1^{er}, tit. XIV, art. 16; — Code de comm. art. 191) et que le droit de suite leur a été donné.

Si ceci est vrai, la réponse à la question posée plus haut ne peut être que négative; pourtant c'est l'opinion contraire qui prévaut jusqu'à présent.

Les partisans de cette opinion sont nombreux; ils comprennent tous les noms faisant autorité dans la science du droit commercial; on y compte notamment : MM. Loqué, Pardessus, Bédarride, Boulay-Paty, Bravard-Veyrières, Delamare et Lepoitvin, Dufour, etc.¹.

Malgré cela, nous n'hésitons point à dire cette opinion erronée, et comme elle paraît avoir pris sa source et dans l'ordonnance de 1681 et surtout dans le commentaire qu'en a donné VALIN, il nous faut voir d'abord quelle est la véritable portée de ces textes.

Après avoir dit que les navires *seront réputés* meubles, l'ordonnance ajoute (art. 2, tit. X, liv. 2) : « Seront néanmoins « tous vaisseaux affectés aux dettes du vendeur, jusqu'à ce qu'ils « aient fait un voyage en mer sous le nom et aux risques du « nouvel acquéreur. » De ce que le texte ne distingue pas, Valin (t. 1^{er}, p. 602) a conclu, tout en ne se dissimulant pas que cela pouvait paraître étrange, que tous les créanciers sans distinction, avaient un pareil droit sur le navire.

Cette opinion aurait été suivie sans contestation sous l'em-

¹ Loqué, *Esprit du Code de commerce*, t. II, p. 4. — Pardessus, *Droit commercial*, n^{os} 941 et 949. — Bédarride, sur l'article 190. — Boulay-Paty, id. — Mongalvy et Germain, id. — Bravard-Veyrières, liv. II, chap. 1^{er}, *Des navires*. — Delamare et Lepoitvin, t. V, n^{os} 166 et 167. — Alauzet, t. II, p. 8, et t. III, n^o 1053. — Dalloz, *Droit maritime*, n^o 99. — Dufour, t. 1^{er}, n^o 40, etc., etc.

pire de l'ordonnance. Était-elle vraie? — Nous ne le croyons pas!

Dans l'impossibilité où nous sommes de pouvoir consulter les procès-verbaux adirés des conférences qui ont précédé l'ordonnance, il nous faut nous en rapporter à son contexte.

Or nous voyons d'abord qu'elle est intitulée : *Ordonnance de la marine*; que dans son préambule, le législateur n'indique rien autre chose que la nécessité, le désir de régler les contrats maritimes, de faciliter le commerce de mer. « *Nous avons estimé, dit-il, que pour ne rien laisser désirer au bien de la navigation et du commerce, il était important de fixer la jurisprudence des contrats maritimes jusqu'à présent incertaine.* » — De là, on paraît pouvoir conclure que les seuls intérêts qu'entendait régler l'ordonnance, que les seuls droits qu'elle voulait déterminer, étaient ceux relatifs au commerce de mer; partant, on ne saurait rien induire de ses dispositions en faveur de créances ou de stipulations étrangères à ce commerce.

Cette conclusion paraît plus certaine encore quand on lit l'article 16, tit 14, liv. I^{er}, de la même ordonnance. Cet article fixe l'ordre de distribution du prix des navires vendus sur saisie, et après avoir énuméré les créances pour faits de navigation, privilégiées sur le navire, il ajoute : « *Quant aux créanciers et autres non privilégiés, ils seront payés selon les lois et coutumes des lieux où l'adjudication aura été faite.* » Ces lois et coutumes créaient des droits fort différents sur les deniers mis en distribution.

Dans la plupart des pays de droit écrit, on admettait l'hypothèque sur meubles (soit sur navires) repoussée par la plupart des pays coutumiers; certains pays admettaient des privilèges que d'autres rejetaient. Exemple : le privilège de la femme pour ses deniers dotaux; les collocations étaient différentes, suivant que le débiteur était jugé ou non être en déconfiture, suivant que tous ses biens avaient été vendus ou seulement partie (coutume de Paris, art. 171 et 178; — coutume de Normandie, art. 593). Les créanciers étaient, en certains lieux, payés suivant l'ordre de date; ailleurs, le premier saisissant était toujours préféré, etc., etc.

Si le navire eût été également affecté à toutes les dettes du propriétaire, il semble que les privilèges une fois remplis, tous les autres créanciers eussent dû avoir un droit égal, et que le

législateur n'eût pas subordonné leur paiement à cette véritable question de hasard, les lois et coutumes des lieux où le navire serait saisi et vendu.

Nous sommes donc autorisé à croire que l'ordonnance n'avait en vue que les créances contractées à raison des besoins du navire ou de la navigation ; que pour les autres, elle entendait ne déroger en rien aux lois et coutumes locales et ne créer aucun droit nouveau. Nous sommes même persuadé que ses rédacteurs auraient été fort étonnés de voir, par exemple, le constructeur non payé de la maison de l'armateur, venir se prévaloir, à l'encontre de l'acheteur du navire, d'une affectation particulière de celui-ci à sa créance.

Maintenant, nous irons plus loin ; nous admettrons que l'ordonnance consacrait ce droit exorbitant au profit de tous les créanciers du vendeur, même les plus étrangers au commerce maritime et à la navigation ; il s'agit de voir si le législateur du Code de commerce a entendu admettre un pareil droit.

Sous l'ancienne législation on n'était pas d'accord sur la qualification à donner aux navires, et un édit d'octobre 1666 nous apprend que l'usage s'était glissé, particulièrement en Provence, de considérer les navires au-dessus de certain prix comme immeubles et comme tels susceptibles d'hypothèques.

Trouvant que cette fiction était de nature à nuire au commerce maritime, Louis XII déclara, par l'édit susdaté, que
 « tous navires, frégates, bateaux et autres vaisseaux de quelque
 « grandeur, nature et qualité qu'ils pussent être, soient censez
 « et réputez meubles..., sans qu'ils puissent être chargés d'hypothèques..., ni les deniers qui en proviendront distribués
 « d'autre façon que ceux qui proviendront de la vente des
 « autres meubles. »

Comme on le voit, ces dernières dispositions étaient exclusives du droit de suite ; mais, tout en y dérogeant, l'ordonnance de 1681 n'est pas plus précise quant à la nature des navires ; elle se borne à dire qu'ils *seront réputés meubles*.

Cette déclaration n'établit encore qu'une fiction permettant d'admettre les plus larges dérogations aux principes régissant les meubles. Peut-il en être de même sous la législation actuelle ? Nous ne le croyons pas.

Après avoir établi nettement, dans les articles 517, 531 et autres du Code Napoléon, la distinction entre les meubles et

les immeubles, il est dit formellement (art. 190 du Code de comm.) : « Tous navires sont meubles. »

Après cette déclaration, le législateur, empruntant à l'ordonnance et d'accord avec l'article 2093 du Code Napoléon, écrit : « Néanmoins, ils sont affectés aux dettes du vendeur. » Puis, ajoutant à ce texte, il dit : « et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées. »

Ce système de l'article 190 est bien simple :

- 1° Les navires sont meubles;
- 2° Ils sont affectés, dans les termes ordinaires du droit, aux dettes du vendeur;
- 3° Ils sont affectés spécialement à certaines créances dites privilégiées.

Est-ce bien là ce qu'a voulu, ce qu'a entendu dire le législateur ?

Le projet primitif du Code de commerce disait seulement (art. 151), « que les navires étaient affectés aux dettes du vendeur. »

Parmi les Cours et tribunaux auxquels fut soumis ce projet, le tribunal de commerce de Marseille réclama contre cette rédaction; il disait « qu'on pouvait en insérer qu'un navire est « hypothéqué à toutes les dettes du vendeur, et demandait, pour « prévenir cette fausse interprétation, qu'on déclarât les navires affectés seulement aux dettes contractées à raison du « navire. »

Et le projet fut modifié ainsi que nous le voyons aujourd'hui, sans doute pour donner satisfaction aux légitimes susceptibilités du tribunal de Marseille; le législateur laissant subsister l'affectation générale, qui était de droit commun, créa à côté l'affectation spéciale pour les dettes relatives aux navires et à la navigation. L'énumération que fait de ces dettes l'article 191 complète cette démonstration.

Ce n'était pas tout : affectant spécialement le navire à certaines dettes, leur conférant en quelque sorte un caractère hypothécaire, il fallait prendre toutes les précautions de nature à empêcher que d'autres créances que celles qu'on avait en vue pussent profiter des avantages accordés, prévenir les tiers de l'existence de ces créances. C'est le soin que prend l'article 192 du Code de commerce.

Enfin, le navire ne peut rester indéfiniment affecté à ces

dettes, malgré leur caractère favorable, car le but du législateur serait manqué et la navigation entravée.

Déjà l'article 191 a pris soin de réduire au dernier voyage le privilège accordé; cela ne suffit pas encore : il faut prévoir le cas de vente et pourvoir à la fois aux droits des créanciers affectés spécialement et à la sécurité de l'acquéreur. Un mode de purge est alors créé.

Dans l'article 192, n° 6, comme il le répétera dans l'article 195, le législateur veut que la vente volontaire soit constatée par acte écrit, ayant date certaine; il faut encore que cet acte reçoive une publicité effective, et il dit (art. 193) : « Les privilèges des créanciers seront éteints... quand le navire aura fait « un voyage en mer, sous le nom et aux risques de l'acquéreur, « sans opposition de la part des créanciers du vendeur. » Voilà le système bien simple et bien rationnel du Code, et suivant nous, il en résulte, à n'en pas douter, que le législateur n'a entendu conférer le droit de suite qu'aux créances privilégiées relatives au navire et à la navigation, auxquelles le navire est spécialement affecté, et nous cherchons la raison d'être du système contraire voulant que le droit de suite appartienne indistinctement à tous les créanciers du propriétaire.

Autant l'intérêt, nous pourrions dire la nécessité du droit de suite apparaît nettement en ce qui touche les créances spéciales, autant il est non-seulement difficile, mais même impossible de trouver un motif sérieux pour justifier ce même droit au profit des créances ordinaires; tout s'y oppose, depuis la nature même de l'objet prétendu affecté jusqu'aux textes que nous avons cités. Aussi, chose bien remarquable, la plupart des auteurs dont nous avons parlé se sont-ils bornés, sur ce point si grave, à une simple affirmation.

Il est pourtant une allégation qu'on rencontre dans tous : l'importance de la valeur vénale des navires.

Que cette valeur, quelquefois considérable, ait pu faire hésiter les législateurs et les docteurs sur la nature mobilière des navires; qu'elle explique l'hypothèque sur navire, admise par certaines législations, les formes mises à la vente, soit volontaire, soit forcée de ces meubles, tout cela est bien, mais ne saurait supporter l'examen, quand il s'agit d'une dérogation aussi considérable que celle qui nous occupe, au droit qui est en quelque sorte de l'essence des choses mobilières.

Que cette raison ait pu faire autrefois illusion, même à de très-bons esprits, nous le comprenons; mais la différence seule des temps eût dû éclairer tout le monde sur le peu de fondement d'une pareille théorie.

En effet, les navires qui se livrent, soit au cabotage, soit à la pêche¹, et ce sont les plus nombreux, sont d'un prix fort modeste; nous en connaissons qui ne valent pas plus de 200 fr., et fort peu atteignent le chiffre de 25,000 francs.

Or, de notre temps, combien d'objets mobiliers, statues, tableaux, bijoux, orfèvrerie, œuvres d'art, etc., ont une valeur égale et même supérieure de beaucoup à ce chiffre de 25,000 fr., et pourtant nul ne songe à grever ces objets d'un droit de suite au profit des créanciers du propriétaire.

D'autre part, pourquoi, si la valeur vénale était un élément à considérer, pourquoi les immeubles, naturellement soumis au droit de suite, ne le sont pourtant qu'au profit de certaines créances dites hypothécaires, et y échappent-ils pour toutes les autres? Pourquoi donc, alors que les navires sont meubles, seraient-ils plus étroitement affectés que les immeubles eux-mêmes aux dettes du vendeur? Pourquoi les créanciers ordinaires, auxquels les immeubles sont affectés aussi bien que les navires, auraient-ils un droit de suite sur ceux dont la nature n'admet pas ce droit et ne l'auraient-ils pas précisément pour ceux qui en peuvent être tenus? Ce serait là la plus étrange et la plus dangereuse anomalie, et alors que le législateur a tout fait pour encourager la navigation, un pareil précepte mettrait son œuvre tout entière en péril en apportant les plus graves obstacles à la transmission des navires.

Il faut donc tenir pour certain que toutes les fois qu'il s'agit d'autre chose que d'une créance ayant pour objet le navire ou la navigation, rien n'explique, rien ne justifie la dérogation au droit général, que partant, il faut s'y renfermer.

A l'argument tiré de la valeur vénale du navire et pour l'appuyer, on en ajoute un autre, tiré de la mobilité du navire, mobilité présentant des dangers pour les créanciers; mais ceci

¹ Nous ne parlons pas, bien entendu, des navires faisant la pêche de la baleine ou celle des morues à Terre-Neuve; mais dans les navires dont nous parlons sont compris ceux de cinquante à quatre-vingts tonneaux, faisant, dans la mer du Nord, la pêche avec salaison du hareng et du maquereau, et celle de la morue sur les côtes d'Islande.

n'a aucun fondement, et nous verrons plus tard que l'article 196 du Code de commerce a été précisément fait pour parer aux inconvénients du déplacement forcé des navires.

Mais allons plus loin et recherchons, dans la discussion qui a précédé le Code de commerce et dans le texte adopté, l'intention du législateur.

Nous avons vu qu'après les observations du tribunal de Marseille, on avait ajouté au texte du projet la déclaration d'affectation spéciale en faveur des créances privilégiées.

Vint la discussion au Conseil d'État, et là aucune observation relative à ce point ne fut faite, l'article 190 fut adopté tel qu'il était présenté; puis vinrent les articles 191 et 192 destinés, suivant le législateur, à établir complètement « l'ordre des privilèges et à tracer les règles pour constater l'existence et la légitimité des créances privilégiées. » (Exposé des motifs par Bégouen.)

Enfin vint l'article 193, sur lequel une assez vive discussion s'engage.

Cet article était ainsi conçu :

« Les droits des créanciers privilégiés et autres seront éteints :

« Par le remboursement de la dette;

« Par le décret interposé en justice (saisie);

« Et lorsqu'après une vente volontaire le navire aura fait un voyage, etc. » (Comme au texte du Code.)

On fit observer, et certes avec beaucoup de raison, que la rédaction proposée semblait faire porter l'extinction sur les créances elles-mêmes, et il fut décidé que l'article serait modifié de manière « à faire sentir que le privilège seul est éteint et non pas la créance. » De là la rédaction actuelle disant : « *Les privilèges des créanciers* seront éteints, etc. »

En rapprochant la déclaration de M. Bégouen sur les articles 191 et 192 de cette expression « *les privilèges*, etc., » on demeure persuadé qu'elle ne saurait s'appliquer aux créances autres que celles privilégiées, ce qui écarte d'une manière absolue la doctrine accordant le droit de suite à toute créance indépendamment du privilège.

En effet, dans ce cas, les privilèges purgés, le droit de suite, dont l'extinction n'est prononcée par aucune autre disposition, continuerait d'exister; partant, l'acquéreur d'un navire sur vente

volontaire, ne serait jamais en sécurité. Or, cette éventualité suffit à juger la question, et pour faire que l'article 193 libère le navire, le rende indiscutable aux mains de l'acheteur, il faut forcément admettre que le droit de suite n'est qu'un moyen spécialement créé par l'article 190 d'exercer les privilèges et qu'il disparaît avec eux.

Une preuve de plus qu'il en est ainsi se trouve dans la comparaison du texte de l'ordonnance avec celui du Code :

En effet, l'ordonnance qui parle en termes généraux, qui ne distingue pas les créances auxquelles le droit de suite appartient, ne fait pas non plus de distinction quant à la purge de ce droit, et après avoir dit (liv. II, tit. 10, art. 2) : « Seront néanmoins tous vaisseaux affectés aux dettes du vendeur, » elle ajoute immédiatement : « jusqu'à ce qu'ils aient fait un voyage en mer, etc. » Tout se tient ainsi, le système est complet, le remède est, pour ainsi dire, à côté du mal, ou plutôt la règle générale vient de suite faire cesser l'exception.

Le Code procède-t-il de cette manière? — Non !

Après avoir ajouté au texte de l'ordonnance (art. 190) : « et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées, » il dit quelles créances sont privilégiées (art. 191) ; il règle les conditions du privilège (art. 192) ; puis ceci fait, loin de reproduire le texte général de l'ordonnance, il dispose (art. 193) : « Les privilèges des créanciers seront éteints, etc. »

Il n'y a rien de commun entre ces textes, et l'on ne saurait argumenter de l'un à l'autre : si le premier a voulu le droit de suite sans distinction, il a appliqué également le mode de purge sans distinction.

Le second, au contraire, après avoir distingué les créances privilégiées, les avoir définies et classées, n'applique le mode de purge qu'aux privilèges, ce qui prouve jusqu'à l'évidence que, pour le législateur de 1807, le droit de suite n'est conféré qu'aux seules créances privilégiées.

Nous avons dit ailleurs qu'il nous apparaissait de l'ensemble de l'ordonnance de 1681 qu'elle n'avait entendu statuer que sur les créances maritimes ou pour cause de navigation, et en supposant vraie la thèse contraire, nous venons de montrer, par le rapprochement des textes, que si la généralité des termes de l'ordonnance permettait d'étendre le droit de suite à toutes créances, il en était tout autrement sous le Code, dont

le législateur avait pris soin de restreindre les dispositions au cas particulier que nous indiquons, c'est-à-dire les créances relatives au navire et à la navigation. Il nous reste une dernière preuve à fournir à cet égard.

Le second livre du Code est intitulé : *Du commerce maritime*. « Il forme seul, » suivant l'expression de l'orateur du Tribunat (M. PERRÈS), « le cadre du Code maritime, » et en le présentant au Corps législatif, M. BÉGOUEN disait : « Ce livre comprend toutes les transactions maritimes, et il remplace, sous ce rapport, l'ordonnance de 1681. »

Donc, le législateur n'a en vue, dans ce livre, que les choses et les créances maritimes; ce sont elles seules qu'il entend régler, non pas d'autres. Ainsi, après les articles que nous venons d'examiner, on voit l'article 216 permettant au propriétaire de navire de s'affranchir, en abandonnant sa chose, des créances pour cause de navigation, contractées par le capitaine au cours du voyage.

L'article 271 rappelle l'*affectation spéciale* du navire aux loyers des matelots, et l'article 258 dispose qu'au cas de perte, bris ou naufrage, les matelots ne pourront rien réclamer pour leurs loyers.

L'article 280 affecte le navire à l'exécution de toutes les conventions relatives à la navigation; l'article 320 rappelle cette affectation pour ce qui concerne les emprunts à la grosse.

Enfin viennent les articles 432 et 433, qui, complétant le système dont la première trace se trouve dans l'article 193, libèrent définitivement les navires, et dans un délai fort court, de toutes les créances dont nous nous occupons.

Un seul mot indique-t-il que le législateur se préoccupe de créances étrangères à la navigation?—Non! Tout, au contraire, démontre qu'il n'a en vue que les créances maritimes et qu'il poursuit un but unique : faciliter la construction, l'armement, l'affrètement et l'expédition des navires (art. 191, 271 et 280); donner au capitaine les moyens de pourvoir aux besoins qui apparaissent au cours de la navigation (art. 191 et 320); faciliter enfin la transmission des navires en faisant successivement disparaître et les privilèges (art. 193) et les créances mêmes (art. 432 et 433) auxquelles les navires sont spécialement affectés.

Or, qu'ont de commun toutes ces règles avec les créances

ordinaires? — Rien, évidemment! Il serait donc souverainement injuste et illogique de vouloir les faire participer aux avantages accordés aux créances relatives et au navire et à la navigation, sans les mettre sur le même rang que celles-ci; autrement le but du législateur serait manqué, car alors que les créanciers maritimes auraient vu disparaître leur privilège, puis leur créance elle-même, le créancier ordinaire, non soumis à la prescription des articles 432 et 433, conserverait non-seulement sa créance, mais encore le droit de suite. Il faut donc répéter que cela est impossible ou admettre, ce qui l'est plus encore, que les créances étrangères à la navigation ont plus de droit sur le navire que n'en ont les créances pour cette cause.

On ne peut supposer qu'en *créant l'affectation spéciale* le législateur de 1807 n'ait voulu rien dire; c'est pourtant ce qui serait si cette création n'avait eu pour but d'ajouter au droit des créanciers privilégiés ou, plutôt, de leur réserver une action que la première forme de l'article 190, comme le texte de l'ordonnance, semblait donner à tous.

La seule chose qu'on puisse objecter, c'est que l'article a conservé l'affectation générale; mais, dans les termes ordinaires du droit, cette affectation emporte-t-elle le droit de suite? — Non! et si on lui accordait cet effet sous l'ordonnance, c'était uniquement parce que les mots: « *jusqu'à ce qu'il* (le navire) « *ait fait un voyage*, etc., » suivaient immédiatement. Or non-seulement le législateur a divisé cette rédaction, mais il n'a appliqué qu'aux seuls privilèges la purge résultant du voyage en mer (art. 193), d'où suit que l'affectation générale, dépouillée de toute sanction, n'a plus ici d'autre valeur que celle qui lui est propre, et que le droit de suite n'appartient qu'à l'affectation spéciale.

Les nombreux et éminents adversaires de la thèse que nous soutenons ne se sont en aucune façon préoccupés des raisons que nous venons de fournir, et à côté de cette considération de l'importance vénale des navires, dont nous avons fait voir le peu de fondement, ils n'ont rien dit à l'appui de leur opinion. Deux seulement font exception: d'abord Locré, qui écrivait au moment de la promulgation de la loi, puis M. Dufour, dont l'ouvrage est d'une date toute récente et le seul qui se soit sérieusement occupé de la question en étayant son système de

l'argument de Locré; c'est donc seulement à M. Dufour que nous avons à répondre.

Ce n'est pas sans étonnement que nous l'avons vu s'appuyer d'abord sur les modifications faites au texte du projet, ensuite des observations du tribunal de commerce de Marseille, que nous avons fait connaître : nous croyons avoir montré que, loin qu'on puisse invoquer ce qui s'est passé alors au profit de l'opinion qui accorde le droit de suite à toutes les créances, c'est le contraire qui est évident.

D'ailleurs, l'interprétation de M. Dufour se caractérise par ces mots :

« Remarquez, dit-il (t. I^{er}, n^o 40), que le texte de notre article affecte le navire aux dettes du vendeur et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées, et il eût été bien inutile de l'affecter spécialement aux unes s'il ne l'eût été généralement à toutes. »

Or, loin de penser ainsi, nous croyons que c'était précisément parce qu'on venait de rappeler l'affectation générale et de droit commun, qu'il convenait de distinguer cette affectation de celle emportant le droit de suite et appartenant à une seule nature de créances, celles privilégiées, et nous dirons avec M. Dufour :

« Si le législateur a ajouté à sa rédaction première la mention spéciale des dettes privilégiées, c'est comme pour mettre plus en relief encore sa pensée, » et pour qu'aucun doute ne pût subsister sur leur caractère et le *droit particulier* leur appartenant.

Enfin, M. Dufour, s'appuyant sur Locré et la Cour d'Aix, réfute l'opinion qui verrait dans les changements apportés au texte du projet de l'article 193 par le Conseil d'État, la restriction du droit de suite aux créances spécialement affectées et privilégiées.

D'après Locré et M. Dufour, les choses se seraient ainsi passées.

Le projet portait :

« Les droits des créanciers privilégiés et *autres* seront éteints, etc. »

Un pareil texte emportait perte ou purge du droit de suite pour les créances *autres* que celles privilégiées; la conséquence à tirer de la suppression du mot *et autres* paraît bien être que

le droit de suite n'appartient qu'aux seules créances privilégiées ; mais d'après les auteurs que nous discutons, cette suppression aurait une signification toute différente, et la voici.

— Nous citons le texte de M. Dufour (n° 41) :

« Un des conseillers d'État, M. JAUBERT, crut voir dans cette « rédaction un côté dangereux ; il craignit qu'elle ne parût « faire porter l'extinction sur les créances elles-mêmes ; c'est « pourquoi il demanda que le fond des droits fût formellement « réservé par une rédaction plus précise, et sa proposition, « adoptée, eut pour résultat les termes actuels de l'article 193, » que M. Dufour déclare laisser à désirer.

Nous trouverions exagérées les susceptibilités de M. Jaubert, si elles avaient été seulement excitées par le mot *et autres*. En effet, ces expressions : « Les droits des créanciers privilégiés « et autres, » ne s'appliquent évidemment qu'aux droits conférés par les articles que complète celui dont nous nous occupons, et la suppression du mot *et autres*, ou plutôt la modification complète du texte en ce passage, démontre une fois de plus que si, entraînés par l'ordonnance, les rédacteurs du projet avaient cru bon d'édicter un système de purge applicable à toutes les créances indistinctement, le Conseil d'État, qui n'entendait conférer le droit de suite qu'aux seules créances privilégiées, a restreint à celles-ci les moyens de purge nécessaires.

Mais quand on connaît le texte entier du projet, on s'étonne moins que M. Jaubert en ait demandé la modification ; en effet, après avoir parlé de *l'extinction des droits* et avoir indiqué des moyens entraînant certainement l'extinction totale, tels que le remboursement de la dette, on pouvait craindre que certains voulussent attribuer le même effet aux autres modes indiqués, particulièrement au voyage en mer ; ce n'est donc pas seulement le mot *et autres* qui a motivé la réclamation, mais bien l'ensemble de l'article et surtout l'expression « *les droits* » trop générale, trop absolue, remplacée par celle-ci « les privilèges, » se référant, comme nous l'avons vu, à l'affectation spéciale de l'article 190.

Là s'arrête l'argumentation des auteurs, et nous croyons avoir établi son peu de solidité ; mais il est d'autres raisons que nous avons entendu invoquer, non sans étonnement, et que, malgré ou à cause de cela même, nous ne pouvons laisser sans réponse.

S'il est vrai, dit-on, qu'en droit civil l'affectation générale

n'emporte pas le droit de suite, on ne devrait en rien conclure quant au droit commercial, parce qu'après avoir dit dans l'article 2119 que les meubles n'avaient pas de suite par hypothèque, le Code Napoléon ajoute immédiatement, dans l'article 2120, « qu'il n'est rien innové aux dispositions des lois maritimes » concernant les navires et bâtimens de mer. »

Cet argument ne peut dériver que d'une erreur de date; en effet, le législateur civil a statué sous l'empire de l'ordonnance de 1681, *trois ans avant le Code de commerce*, et, comme l'avait déjà fait l'article 8 de la loi du 11 brumaire an VII, il s'est borné à réserver la question ou, si l'on veut, à laisser les choses ce qu'elles étaient; mais on ne peut rien inférer de là quant à la question qui nous occupe.

Nous avons encore entendu dire que l'article 190 du Code de commerce créait deux ordres de privilèges : 1° privilège général appartenant à toutes créances indistinctement; 2° privilège spécial à certaines natures de créances.

Or, s'il est une matière dans laquelle tout soit de droit étroit, c'est assurément celle des privilèges, et rien dans le texte ne saurait justifier une pareille allégation qui, tout extraordinaire qu'elle paraisse, n'est que la forme obligée de l'opinion accordant le droit de suite à toutes créances, et le seul moyen d'appliquer aux créances ordinaires le mode de purge restreint par l'article 193 aux privilèges.

Nous avons vu précédemment qu'il n'en pouvait être ainsi, et, pour créer ce prétendu privilège général, il eût fallu un texte précis, qui non-seulement fait défaut, mais serait en complète contradiction avec l'article 191.

Enfin, et c'est là le dernier argument, on prend à témoin l'article 196, ainsi conçu :

« La vente volontaire d'un navire en voyage ne préjudicie pas aux créanciers du vendeur. En conséquence, nonobstant cette vente, le navire ou son prix continue d'être le gage des dits créanciers, etc., etc. »

Et l'on dit : « La preuve que tous les créanciers ont un pareil droit sur le navire, c'est que cet article les met tous et sans distinction sur la même ligne. »

Mais s'il est vrai que tous les créanciers soient ici sur la même ligne, c'est parce que le navire est leur gage commun, qu'ils soient créanciers ordinaires ou privilégiés; parce que,

même créanciers ordinaires, il importait au législateur de leur réserver, non pas le droit de suite qui ne leur appartient pas, mais le moyen de poursuite sur la chose de leur débiteur.

Donc l'article 196, édicté en vue de cette nécessité générale, n'a rien de commun avec le droit de suite, et, loin qu'on en puisse induire une consécration de ce droit au profit des créances ordinaires, on peut dire que les créanciers privilégiés ayant le droit de suite jusqu'à ce que le navire ait fait un voyage sous le nom du nouvel acquéreur et dans les conditions de l'article 194, c'est surtout pour sauvegarder les intérêts des autres créanciers, de ceux auxquels le droit de suite n'appartient pas, que l'article 196 était nécessaire et a été écrit.

Si l'opinion que nous combattons a pour elle la presque unanimité des auteurs et le seul arrêt rendu sur la question (Cour d'Aix, 20 août 1819)¹, nous pouvons invoquer l'opinion de MM. Devilleneuve et Massé dans leur Dictionnaire commercial, opinion malheureusement non motivée; celle de M. Cauvet, dans une dissertation insérée au vol. 1849 de la *Revue de législation*, lequel se borne à alléguer une apparente antinomie entre les articles 190 et 193, antinomie qui, pour nous, n'existe pas, car nous croyons avoir démontré que ces deux articles sont en accord parfait; enfin, les motifs d'un arrêt rendu par la Cour de Bordeaux le 21 août 1860, lequel s'exprime ainsi : « Attendu que l'article 190 du Code de commerce, d'après lequel les navires sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées, est loin d'avoir, en ce qui concerne l'affectation générale dont il parle, la précision de l'article 2, tit. 10, liv. II, de l'ordonnance de 1681, lequel portait que tous vaisseaux seraient affectés aux dettes du vendeur jusqu'à ce qu'ils eussent fait un voyage en mer, sous le nom et aux risques du nouvel acquéreur; que l'article 193 ne semble exiger ce voyage qu'à l'effet de purger le navire du privilège spécial dont il est grevé. »

La Cour, repoussant par d'autres motifs la prétention émise devant elle, n'a touché à la question qu'avec une grande réserve;

¹ On cite encore un arrêt de Rennes du 17 février 1813; mais il est à peu près étranger à la difficulté qui nous occupe.

il est toutefois permis de penser que si elle avait eu à la juger, elle l'eût fait dans notre sens.

Arrivé au terme de notre tâche, nous croyons avoir établi, quelle que soit l'autorité s'attachant aux noms de ceux qui admettent le droit de suite en faveur de tous les créanciers, que ce droit n'appartient certainement qu'à ceux des créanciers dits affectés spécialement et privilégiés.

D'ailleurs, pour nous toute la discussion se résume dans ce seul argument : Pourquoi le droit de suite? A quoi est-il nécessaire? Or nous avons démontré que si la valeur vénale des navires, leurs déplacements inévitables, avaient pu inspirer les mesures restrictives de leur vente, la véritable, la seule raison du droit de suite était la nécessité de pourvoir aux besoins de la construction, de l'armement et de l'exploitation des navires; que vouloir autre chose serait méconnaître et les véritables intentions du législateur et l'intérêt public qui s'attache à la navigation.

Nos preuves sont donc complètes; le droit de suite sur meuble, admis aujourd'hui par le seul droit maritime, ne peut et ne doit être accordé qu'aux créances ayant pour objet les choses de la mer.

F. HOUZARD.

Ce travail était achevé lorsque la question qui en fait l'objet s'est trouvée soumise à la Cour de Rouen, laquelle a décidé, par arrêt du 20 mai 1863, que le droit de suite appartient à tous créanciers.

Dans la première partie de son arrêt, la Cour proclame l'existence du droit de suite sous l'ordonnance, ce qui ne fait pas de doute pour nous qui ne discutons que l'étendue du droit; mais on avait plaidé devant la Cour, s'appuyant de l'édit de 1666 exclusif du droit de suite, que l'affectation du navire aux dettes du vendeur n'était dans l'ordonnance que la reproduction de l'ancienne maxime du droit coutumier : « *Qui s'oblige oblige le sien*; » que, partant, elle n'avait point rétabli le droit de suite.

Ce système, qui n'est soutenable qu'en considérant l'affectation aux dettes abstractivement et en la séparant, comme l'a fait le Code de commerce, de la disposition la continuant jusqu'après un voyage, a été justement repoussé par la Cour, laquelle admet même « que par l'effet des dispositions de l'ordonnance il y avait évidemment droit de suite au profit de tous les créanciers du vendeur d'un navire et privilège en faveur de quelques-uns. »

Ensuite, examinant la question par nous traitée, la Cour s'exprime ainsi :

« Considérant que les dispositions de l'ordonnance, telles qu'on les avait toujours observées, sont textuellement reproduites dans l'article 190 du

« Code de commerce, en ce qui touche soit le caractère mobilier des navires et autres bâtiments de mer, soit leur affectation aux dettes du vendeur; qu'à la vérité après avoir sanctionné pour toutes ces dettes, sans exception aucune, l'ancien droit de suite, ledit article ajoute au mot *affectés aux dettes* ceux-ci : *et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*; mais que cette disposition subsidiaire a évidemment pour objet unique de constater la préférence due aux créances énumérées dans l'article 191, sous les conditions imposées par l'article 192;

« Considérant que si l'article 193 se borne à dire que les privilèges des créanciers seront éteints par les moyens qu'il indique, le mot *privilège* doit être pris là dans son sens le plus compréhensif, c'est-à-dire comme embrassant à la fois le droit de suite, en ce qui importe, sans restriction, à toutes ces créances, et le droit de préférence en ce qui intéresse exclusivement quelques-unes;

« Considérant que cette interprétation ne résulte pas seulement des discussions préparatoires du Code de commerce; qu'elle est en outre seule rationnelle, seule juridique et seule compatible avec le but que se proposait le législateur dans l'article à interpréter; qu'il s'agissait pour lui de déterminer le mode de libération de la chose vendue, par extinction des droits des créanciers du vendeur envers l'acheteur, et que ce but aurait été manqué si l'on s'était borné à décider comment s'éteindraient les privilèges proprement dits, le mot *privilèges* dans son sens étroit s'appliquant uniquement aux rapports des créanciers, à la préférence accordée aux uns à l'égard des autres, au rang de la créance et non pas au fond de la dette;

« Considérant que de tout ce qui vient d'être dit il résulte qu'il y a concordance et non pas antinomie entre les articles 190 et 193 du Code de commerce; que l'un et l'autre statuent également sur la généralité des dettes d'un vendeur de navire, et que Lemire n'est par conséquent pas fondé à opposer au syndic de la faillite Simon, agissant pour la masse, les compensations par lui prétendues¹.

Le système de la Cour n'a rien de nouveau et se borne à ceci : Sous l'ordonnance le droit de suite existait pour toutes les créances, et l'article 190 du Code ayant *reproduit textuellement*, en ce qui touche le caractère mobilier des navires et leur affectation aux dettes du vendeur, les dispositions de l'ordonnance, a, par cela même, sanctionné le droit de suite pour toutes dettes, sans exception aucune.

Nous regrettons profondément que la Cour n'ait pas fait suivre cette affirmation des considérants qui la lui ont inspirée, car il nous est impossible d'admettre la doctrine qu'elle pose ainsi :

D'abord si l'article 190 reproduit textuellement l'ordonnance, cette reproduction n'est que partielle et s'arrête après la mention générale d'affectation; au lieu de reproduire la disposition finale, le Code la rejette à l'article 193 et ajoute au texte, en disant les navires affectés aux dettes *et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*.

¹ Au moment de la vente, M. Lemire était créancier sur le vendeur de plus de 12,000 francs, et lui avait, quelques jours après, versé 3,000 francs.

Mais, dit la Cour, cette disposition subsidiaire a pour but unique de constater la préférence due aux créances énumérées dans l'article 191, ce qui revient à dire la disposition inutile, le droit de préférence appartenant aux créances maritimes étant suffisamment affirmé par l'article 191.

S'il faut admettre que l'article 190 renferme une phrase inutile, ce ne peut être assurément celle qu'on y a ajoutée par correction, et, comme le dit M. Dufour, pour ne laisser aucun doute sur la pensée du législateur; c'est plutôt celle relative à l'affectation générale, laquelle figurant dans le projet a été laissée dans le texte, malgré la modification, mais qui, privée de sa corrélatrice de l'ordonnance impliquant le droit de suite, ne laisse à cette affectation que sa valeur ordinaire, sans nuire en rien à la pensée du législateur, et en voici la preuve :

De quelle disposition de l'ordonnance s'inférait le droit de suite?

De celle déclarant les navires meubles? Non!

De celle qui les disait affectés aux dettes de leur propriétaire? Pas davantage, puisque c'était là comme aujourd'hui une disposition de droit commun.

C'était donc uniquement de celle qui les disait affectés, *malgré leur vente*, jusqu'à ce qu'ils eussent fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur; or cette dernière phrase, qui seule vivifiait l'affectation générale et y attachait un droit particulier, cette dernière phrase n'existe pas dans notre article, et, pour y trouver la mention d'un droit nouveau particulier, il faut aller jusqu'à la dernière phrase disant les navires *affectés spécialement aux créances privilégiées*.

Par conséquent, s'il faut écarter comme sans valeur particulière une des deux phrases terminant l'article 190, le choix ne saurait être pour nous douteux : la phrase à écarter est celle que la division et la correction du texte ont faite isolée, ont laissée à son sens absolu, et non celle qui a été introduite pour préciser la question et lever, en créant l'affectation spéciale, les difficultés que la première laissait prévoir.

Qu'est-ce que cette affectation spéciale?

Quel droit particulier emporte-t-elle pour les créances privilégiées? Aucun, dit la Cour. Nous croyons avoir démontré qu'on ne pouvait s'arrêter à cette interprétation. Pour nous, au contraire, l'affectation spéciale c'est le droit de suite qui sera tout à l'heure défini et limité par l'article 193, disant : « Les *privilèges* des créanciers seront éteints, ... lorsqu'après une vente volontaire le navire aura fait un voyage, etc. »

Mais, d'après la Cour, on ne peut arguer du mot *privilèges* employé par cet article pour établir que le droit de suite n'appartient qu'aux seules créances privilégiées, parce que ce mot représente ici, non-seulement le droit de préférence appartenant aux créanciers privilégiés, mais encore le droit de suite appartenant à tous, droit que l'article a surtout pour but de purger.

Si le droit de suite appartenait à tous, et c'est la question, l'argument serait juste; au cas contraire, il n'a pas de valeur, et, d'accord sur le but de l'article 193, nous dirons que l'adoption de ces mots « *les privilèges seront éteints* » de préférence à tous autres et en particulier à ceux du projet, pour exprimer que le navire devenait libre aux mains de l'acheteur, prouve que le droit de suite n'était reconnu qu'au profit seul des créances privilégiées; autrement le législateur aurait employé une expression tout à

fait impropre, puisque, au lieu de faire perdre le privilège proprement dit, ou droit de préférence, aux créanciers, l'article au contraire indique une circonstance, la vente sur saisie, qui donne naissance à l'exercice de ce droit; le législateur a donc voulu dire tout simplement que les privilèges étaient éteints *quant à l'acheteur du navire*, et s'il comprend le droit de suite sous le mot *privilèges*, s'il les confond pour ainsi dire, c'est que, seuls, ceux-ci grevaient le navire passé aux mains d'un tiers.

En rétablissant le droit de suite proscrit en 1666, le législateur de 1681 ne nous paraît avoir eu en vue que les créances maritimes; mais, à supposer que la généralité de ses termes permette de soutenir le contraire, il nous paraît aussi que c'est précisément pour parer aux effets de cette généralité, effets signalés par le tribunal de commerce de Marseille, que le nouveau législateur a pris soin d'expliquer qu'il n'entendait conférer ce droit qu'aux seuls privilèges, et que, pour éviter les doutes à cet égard, il a créé *l'affectation spéciale* au profit des créances maritimes, les seules pour lesquelles le droit de suite soit nécessaire et par conséquent justifié.

Nous ne pouvons donc, malgré l'autorité si légitime qui s'attache aux décisions de la Cour de Rouen, que persister dans notre opinion. F. H.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts et des auteurs sur le § 7°
de l'article 2060 du Code Napoléon.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

Exposition du sujet, et division.

PREMIER CHEF. *Restitution des titres.*

- I. Que la contrainte par corps impérative ne peut être prononcée quand l'avoué, le notaire, l'huissier ne les ont pas reçus du client pour un acte de leur ministère.
- II. L'article est absolu; il s'étend aux pièces confiées par l'adversaire ou par des tiers. — Distinction entre les titres et les pièces de peu d'intérêt.
- III. La réception des titres est pour l'officier compétent un fait de sa fonction.

DEUXIÈME CHEF. *Restitution de deniers.*

- I. Les avances faites par le client, pour subvenir aux frais, sont soumises à la contrainte par corps impérative. — Texte de l'Exposé des motifs. — Rétractation d'une erreur.
- II. Pas de rétractation de la maxime, que la contrainte impérative doit être prononcée, quand le refus de la restitution des deniers reçus pour le client constitue un fait de charge.
- III. Coup d'œil sur l'ancien droit. Son silence sur les notaires, procureurs et huissiers n'empêchait pas qu'ils ne fussent atteints par d'autres dispositions de l'ordonnance de 1667, tit. 34, art. 4.
- IV. Jurisprudence ancienne sur les huissiers.
- V. Sur les procureurs.
- VI. Sur les notaires.
- VII. Les notaires n'étaient pas originairement compris dans le § 7° de l'article 2060. — Comment ils y ont été compris.
- VIII. Récapitulation de ce que nous avons dit jusqu'à l'émission du Code Napoléon. — Textes principaux pour la discussion : art. 2060, § 7°. — Lois sur les cautionnements des notaires, avoués, huissiers et commissaires-priseurs. — Art. 2102, § 7°, au titre des *Privilèges et hypothèques* au Code Napoléon. — Textes corrélatifs qui déterminent les fonctions des notaires, avoués et huissiers.
- IX. La jurisprudence des arrêts sur les faits de charge ne présente guère
XXIII.

- de déviations, et la jurisprudence sur l'article 2060, § 7°, aurait dû la suivre. — Arrêts.
- X. Récapitulation de ce qui précède, et conclusion que le § 7° de l'article 2060, ne doit pas dépasser les recettes faites en vertu des fonctions.
- XI. Dans l'esprit du Code Napoléon, la contrainte par corps impérative est un privilège sur la personne, comparable aux privilèges sur les biens. — La contrainte facultative du Code de procédure en a seule troublé l'économie, à la note. — Limitation de notre opinion ; et cas où l'on pourra invoquer soit la contrainte par corps facultative, soit la contrainte impérative devant les tribunaux criminels.
- XII. La jurisprudence actuelle est venue s'établir progressivement depuis l'arrêt *Aubertier*, et par quels sentiments. — Ce sont les magistrats eux-mêmes qui nous ont appris quels sentiments les ont fait dévier de leur règle primitive, à la note.
- XIII. La doctrine du barreau et des auteurs a suivi ce courant d'opinions depuis trente ans. — Analyse de leurs objections.
- XIV. Réponse à la première objection que le § 7° est un texte nouveau.
- XV. Réponse à l'objection tirée de la différence de rédaction entre notre § 7° et les lois relatives aux cautionnements et aux privilèges. — Réflexions tirées de ce que la qualité d'officier n'efface pas la capacité de droit commun. — Sens restreint du mot *clients*.
- XVI. Examen de l'article 2060 dans son ensemble. — Pourquoi les mots « par suite de leurs fonctions » ne se trouvent qu'au § 7° ?
- XVII. Comparaison des textes du § 7° de l'article 2060, avec les lois des cautionnements et des privilèges. — Conclusion, qu'on n'en doit rien induire contre notre interprétation dudit paragraphe.
- XVIII. Réponse à la troisième et à la quatrième objection. — Récapitulation des trois numéros précédents.
- XIX. Opinion de M. Troplong sur le sens de l'*Exposé des motifs*. — Examen de cet Exposé dans son ensemble et dans le passage spécial.
- XX. Qu'il ne faut pas non plus tenir compte de la sentence contradictoire des Requêtes de l'hôtel cité par Brillou, pour relier l'ancien droit au Code civil, et pourquoi ?
- XXI. Réponse aux motifs tirés de l'arrêt *Aubertier*.
- XXII. Nous n'entendons pas protéger l'officier coupable, et nous ne prétendons pas qu'il ne soit jamais, pour restitution de deniers, soumis au § 7° de l'article 2060.
- XXIII. Dangers des billets de dépôts.
- XXIV. Les fonctions publiques ne peuvent être étendues.
- XXV. Nous ne cherchons pas à réformer les usages ; — mais à en régler les effets suivant la loi.
- XXVI. Conclusion, et application de la doctrine aux affaires. — Distinctions.
- XXVII. Les dépôts proprement dits sont évidemment hors de cause, et sont acte de confiance privée. — Le notaire est soumis à l'article 2060, § 7°, quand l'emprunteur exige que la provision en deniers accompagne le dépôt des titres de propriété. — Examen de quelques arrêts. — Nous n'avons jamais critiqué l'arrêt de Douai du 29 mai 1839, et pourquoi.

- XXVIII. La gestion officieuse des placements à faire n'empêche pas que les fonctions du notaire ne commencent à l'instant où il trouve un emprunteur, ni qu'alors ses travaux ne deviennent officiels. — Actes à plusieurs dates. — Arrêt *Chapoteaux*.
- XXIX. Le simple mandat de payer les créanciers inscrits à l'échéance est de confiance volontaire.
- XXX. Quand la volonté du client fait rentrer dans la gestion privée du notaire les deniers d'un remboursement, la restitution n'est plus soumise à l'article 2060, § 7°.

La contrainte par corps *impérative* à prononcer contre les notaires, avoués, huissiers et autres officiers compris dans le § 7° de l'article 2060 du Code Napoléon, présente deux chefs distincts : la restitution des titres à eux confiés PAR SUITE DE LEURS FONCTIONS; la restitution des deniers par eux reçus pour leurs clients, PAR SUITE DE LEURS FONCTIONS.

PREMIER CHEF. *Restitution de titres.*

I. Pour que la restitution des titres entraîne impérativement la contrainte par corps, il faut que l'officier ait agi en sa qualité publique et reçu les titres par suite de ses fonctions, et non autrement, *art. 2063*. Si, par la confiance que j'ai en sa judiciaire et en son savoir, je consulte sur un procès un notaire, un commissaire-priseur, un huissier à qui je confie mes titres, et qu'il vienne à les perdre, je n'aurai contre lui que l'action du mandat, et notre § 7° ne lui sera point applicable. Il en sera de même, si je consulte un avoué à la Cour sur un procès à suivre en première instance, ou un avoué de première instance à Paris sur une affaire à suivre à Marseille, même quand il se serait chargé de la direction et de la correspondance : il n'est que mandataire ordinaire. Aussi la Cour de cassation a-t-elle cassé un arrêt du Conseil supérieur de la Guadeloupe, qui avait condamné par corps un avoué à restituer des comptes, titres et pièces à lui confiés pour faire une transaction avec un tiers, aucun texte de loi n'autorisant un pareil mode d'exécution contre un mandataire *ad negotia* (*Cass.*, 1^{er} février 1820, aff. Thomas).

II. Les mots « *pour la restitution des titres à eux confiés* » sont absolus. Ils doivent s'entendre non-seulement des titres confiés par les clients, ou remis soit au nom soit dans l'intérêt du client par des tiers, mais même des titres que la nature des

fonctions de ces officiers oblige d'autres personnes à leur communiquer; car les articles 107 et 191 du Code de procédure faits pour l'exécution du Code civil, et prononçant la contrainte par corps contre l'avoué qui ne rétablit pas les pièces d'une production ou d'une communication, ne sont que des corollaires du § 7° de l'article 2060... Ce qui ne veut pas dire pourtant que le législateur ait écrit deux articles inutiles, puisque les productions et les pièces communiquées peuvent se composer d'autres papiers que de titres proprement dits et de beaucoup moins d'importance.

III. Pour l'application du § 7° quant aux titres confiés aux notaires, avoués ou autres officiers ministériels, il n'est pas nécessaire que la confiance du client ait été suivie d'un agissement apparent de l'officier. La seule réception des titres est pour l'officier compétent un fait de sa fonction. La présomption du droit est qu'il les a reçus pour agir. C'est à l'officier qu'incomberait la preuve que la remise en ses mains avait eu une cause différente. L'article 556 du Code de procédure n'est qu'une application spéciale de la maxime générale, et peut-être n'existerait-il pas s'il ne contenait deux exceptions.

Rien de tout cela ne fait doute pour personne. C'est sur la restitution des deniers reçus pour le client par l'officier que sont nées les principales difficultés.

DEUXIÈME CHEF. *Restitution de deniers.*

I. Il s'est élevé une difficulté sur la différence entre ce texte : « deniers par eux reçus pour leurs clients, par suite de leurs fonctions, » et les mots de ce passage de M. Bigot-Préameneu dans l'*Exposé des motifs* : « Il en est ainsi des notaires, des avoués et des huissiers, pour la restitution des titres qui leur sont confiés, et des deniers qu'ils reçoivent de clients par suite de leurs fonctions. On ne peut employer ces officiers publics sans être dans la nécessité de leur confier les titres et l'argent nécessaires pour agir. Ministres secondaires de la justice, ils doivent être mis dans la classe de ceux qui sont ses dépositaires, et, s'ils manquent ainsi à la confiance publique, ils sont assujettis à la contrainte par corps. » La difficulté naissait sur la différence entre la préposition DE employée par l'Orateur du gouvernement, au lieu de la préposition POUR écrite dans la loi.

M. Delvincourt (3^e vol., *note sur la page* 189) en a conclu, par respect pour la liberté individuelle, que la paraphrase devait céder à la loi et refusait la contrainte par corps contre l'huissier, l'avoué, le notaire qui auraient reçu du client les fonds nécessaires pour les couvrir d'avances à faire, quand le procès n'avait pas eu de suite, ou que l'acte n'avait pas été dressé. M. Dalloz aîné (*Jurisprudence générale*, t. III, p. 725) préféra la paraphrase; mais ses exemples ne portaient que sur la restitution des offres réelles, auquel cas la difficulté pouvait se résoudre par le § 4°, puisque l'huissier est consignataire tant qu'il n'a pas vidé ses mains; et sur les avances faites à l'avoué, qui depuis les aurait touchées du débiteur, ce qui retombait dans les termes du § 7°. L'avoué ayant reçu du débiteur comme mandataire et n'ayant pas fait *siens* les deniers, ils avaient été reçus *pour* le client.

Dans notre première édition du commentaire sur la Contrainte par corps (p. 20), nous avons adopté l'avis de M. Delvincourt, sauf les exceptions signalées par M. Dalloz aîné : ainsi nous décidions que les avances faites par le client pour couvrir les frais à faire, mais qui n'auraient pas été employées par l'officier, ne soumettaient pas celui-ci à la contrainte impérative du § 7°.

C'était une erreur, *et nous la rétractons*. En effet, si la proposition *pour* indique le terme de l'action et, par conséquent, la personne à qui est transmise la somme touchée d'un tiers par l'officier, elle peut indiquer aussi la cause finale de l'action; et les avances étant faites pour l'utilité de l'agissement que l'officier doit opérer, sont, dans la vérité de fait, livrées par le client *pour* le client lui-même, et reçues par l'officier par suite de ses fonctions; le refus de les restituer sans cause légitime est donc une faute commise par un officier public par suite de ses fonctions : c'est un véritable *fait de charge*, réprimé par le § 7°.

II. Mais nous ne rétractons pas ce que nous avons dit autrefois, que cette contrainte par corps *impérative* contre les officiers publics ne doit être prononcée que *pour faits de charge*, et qu'elle n'est qu'une faveur accordée uniquement à ceux des créanciers qui auraient le droit de se faire payer sur leur cautionnement. Nous croyons voir dans la nouvelle doctrine une déviation à cette thèse, que toujours nous avons crue vraie.

Nous considérons donc comme une jurisprudence relâchée celle qui prononce la contrainte par corps impérative contre un notaire, par cela seulement qu'un particulier lui aurait confié des fonds pour faire un placement, quand il en trouverait l'occasion (*Lyon, 3 février 1830, aff. Aubertier; Paris, 31 juillet 1835, aff. Guérin*); contre un notaire qui a employé à son usage les deniers qu'il a recouvrés dans la succession du père de sa cliente, et qu'il était chargé de placer en rentes ou en immeubles (*Paris, 26 janvier 1835, aff. Maine-Glatigny*); contre les notaires qui délivrent des billets de dépôt, ou des reconnaissances de deniers remboursés en leurs mains, quelquefois même avec promesse d'en payer personnellement les intérêts (*Paris, 26 janvier 1835; Bourges, 11 décembre 1839, aff. Raigecourt; Metz, 22 juin 1858, aff. Doyen*); même contre le notaire qui aurait, lors d'une vente, retenu de quoi payer les créanciers inscrits et ne les aurait pas payés intégralement aux échéances (*Douai, 29 juillet 1854, et rejet 6 mars 1855, aff. Dauchy*). — Il est évident que ce n'est pas par pitié pour les officiers que nous le décidons ainsi : c'est uniquement par des motifs d'ordre public, pour que le gage commun à tous les créanciers ne s'appauvrisse pas, et pour que le cautionnement ne soit atteint que pour les vrais faits de charge.

III. La première raison pour laquelle nous pensons que la volonté du législateur en établissant le § 7^o était de n'atteindre que *les faits de charge* par la contrainte par corps impérative, est que sous le droit de 1667, où la contrainte par corps en matière purement civile était simplement *facultative*, les parlements ont condamné par corps les officiers publics pour les seuls *faits de charge* énoncés dans l'article 4 du titre 34 de l'ordonnance; « dépôt nécessaire; — consignation faite par « ordonnance de justice ou entre les mains de personnes « publiques; — représentation de biens par les séquestres, « commissaires ou gardiens. » — Point de disposition semblable à notre § 7^o.

IV. Les huissiers furent les premiers atteints par cette jurisprudence. Ils étaient dépositaires publics ou judiciaires quand ils recevaient des billets à protester, des pièces pour exécuter, et s'ils procédaient à des offres réelles ou à des ventes. Ainsi, s'ils touchaient le montant des billets à présentation, s'ils recevaient

comme porteurs de pièces, lors d'un commandement, lors d'une saisie-exécution, lors d'une arrestation, ils étaient vrais consignataires des deniers, et tenus par corps envers les clients. Pour les ventes, la nécessité du paiement était telle qu'il y eut arrêt du 25 novembre 1785, qui condamna par corps l'huissier-priseur à rendre aux héritiers, même le prix des meubles achetés par la veuve à qui il avait fait crédit, parce que, dépositaire par son office, il devait ou rendre compte à la succession des choses vendues, ou avoir déposé au receveur des consignations le montant de la vente avant qu'on procédât au partage.

Mais si l'huissier recevait des à-compte ou même la totalité de la dette sur une simple assignation en matière civile, il ne commettait point un fait de charge, parce que le débiteur pouvait s'adresser au créancier; il n'était donc pas dans l'usage condamné par corps. On n'appliquait l'ordonnance qu'autant qu'il avait reçu *ex necessitate officii*. D'ailleurs le débiteur n'était pas déchargé.

V. Les procureurs étaient aussi responsables par corps des titres qui leur étaient confiés pour la poursuite d'une affaire, parce qu'ils en étaient dépositaires *de par leur office*. Ils étaient responsables par corps des avances que leur avaient faites leurs clients sur la poursuite dont ils étaient chargés, soit que l'affaire ne fût pas suivie, soit que la somme n'eût pas été totalement dépensée (*arrêt du parlement de Paris du 27 juillet 1759*). Ils étaient également tenus par corps envers le client, quand ils avaient été payés par l'adverse partie des dépens dont le client avait fait l'avance (*arrêt du parlement de Paris du 20 mars 1767*); et la preuve que le fait de charge était la cause de la contrainte par corps se tire d'un arrêt du même parlement du 27 avril 1768, sur le sens duquel ont été trompés les auteurs modernes, par la citation qu'en a faite Fournel dans son *Traité de la contrainte par corps*, p. 46. L'arrêt a, dit-on, refusé la contrainte par corps contre un procureur au parlement, qui avait reçu du débiteur le remboursement des frais dont son client lui avait fait l'avance. Mais, dans cette espèce, le procureur n'était pas à découvert vis-à-vis de lui (V. MM. Dallos, mot *Contrainte par corps*, n° 220). Ce n'est point au client que la contrainte par corps a été refusée. C'est au débiteur même, qui avait payé le procureur; et de là on doit conclure que le

motif de l'arrêt est qu'il n'y avait pas fait de charge, et que le fait de charge était *seul* la cause de la contrainte par corps dans les arrêts de 1759 et de 1767. — Voici donc le fait, tel qu'il résulte de la collection de *Denisart*, mot *Procureurs*, n° 65 (édition de 1771, faite par Varicourt, son neveu et son additionnaire). M^e Seguin, procureur en la Cour, avait obtenu arrêt du parlement pour Cheminat contre l'abbé Siougeat, et n'avait pas demandé la distraction, parce que Cheminat avait avancé les frais. M^e Seguin les toucha et paraît n'en avoir pas averti son client, qui du moins le prétendait ainsi, et ajoutait qu'il n'avait pas donné ordre à M^e Seguin d'en recevoir le montant. Cheminat donc, qui avait obtenu les dépens, fit faire des saisies-arrêts sur son débiteur, et obtint contre les tiers-saisis des sentences de condamnation. L'abbé Siougeat, de son côté, interjeta appel de ces jugements, exerça son recours contre M^e Seguin et demanda la contrainte par corps; les tiers-saisis intervinrent pour leurs dépens, et conclurent aussi à la contrainte par corps. Mais M^e Seguin prétendait qu'il n'y avait pas fait de charge à leur égard. Cheminat, client de Seguin, gagna son procès contre eux, mais il n'avait pas conclu au fond contre Seguin; les oppositions furent déclarées valides, l'abbé Siougeat condamné à payer, les intervenants à vider leurs mains en celles de Cheminat, avec recours de l'abbé Siougeat, mais par les voies de droit seulement, contre Seguin, procureur. Ainsi Siougeat n'obtint point la contrainte par corps, parce que Seguin n'avait pas mandat de Cheminat pour toucher les dépens, et parce que Seguin n'était pas procureur de Siougeat, lequel n'avait contre lui que l'action en restitution de ce qui avait été payé sans être dû; action pour laquelle l'ordonnance n'accordait pas la contrainte par corps. Cheminat, de son côté, n'avait pas dû prendre de conclusions subsidiaires contre Seguin, parce qu'elles auraient nui à son action principale contre Siougeat, et par conséquent ne pouvait pas avoir conclu à la contrainte par corps. Cet arrêt ne déroge donc en rien aux arrêts de 1759 et de 1767.

C'était encore un fait de charge pour un procureur que d'avoir retenu la somme que le client lui aurait confiée pour faire des offres réelles : par conséquent, arrêt du parlement de Paris du 20 mars 1767, qui dans ce cas prononça la contrainte par corps. L'annotateur de *Denisart* aurait critiqué cet arrêt sur le fonde-

ment que ce dépôt était volontaire. Mais cette critique, a répondu M. Guyot (*au Répertoire de M. MERLIN, mot Dépôt, § 3*), est mauvaise. L'argent remis à ce procureur pour être employé dans un acte de la procédure doit avoir le même privilège que les pièces confiées à cet officier. Ajoutons que pendant toute la procédure l'avoué est *dominus litis*; que c'est à lui par conséquent de charger l'huissier de faire des offres, s'il est nécessaire, et certes le choix du temps et des circonstances où les offres doivent être faites, ainsi que leur rédaction, fait partie de la postulation.

Nous ne voyons pas d'apparence qu'on dût aller plus loin quant aux sommes reçues par les procureurs. Ils n'étaient ni ne pouvaient être *en vertu de leur office* que procureurs *ad lites*, et non procureurs *ad negotia*; par conséquent, s'ils recevaient des deniers de la partie adverse sans pouvoir spécial du client, et sans lui en avoir tenu compte, le débiteur n'était pas déchargé par la quittance du procureur, qui n'avait pas, dans son office, qualité pour recevoir (*arrêt du parlement de Dijon du 13 avril 1664*). Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il a été rendu avant l'ordonnance de 1667, et sous l'ordonnance de Moulins qui ordonnait la contrainte contre tout débiteur après les quatre mois : il s'est donc attaché, non à la contrainte par corps, mais à déterminer que toucher les deniers dus aux clients n'était pas de la fonction des procureurs.

Si toucher les deniers dus au client n'entraînait pas dans les fonctions du procureur, nous devons donc penser que lorsque le client donnait à son procureur des pouvoirs pour toucher de ses débiteurs, il faisait acte de confiance privée et non de confiance publique, et que puisqu'il avait l'action *mandati* contre le débiteur, il ne devait pas avoir le privilège du fait de charge sur l'office ni la contrainte par corps contre l'officier.

VI. Quant aux notaires, ils ont été dans tous les temps chargés de nombreux dépôts, mais ces dépôts d'argent étaient regardés sous l'ancienne jurisprudence comme dépôts simples et volontaires. C'est ce qu'Aublet de Maubuy a parfaitement établi dans son *Traité des dépôts*, III^e part., ch. 7. Il y démontre que le dépôt fait *même par acte public* aux mains d'un notaire, d'une somme de deniers, qui devraient être consignés au receveur des consignations, n'était que dépôt volontaire; et qu'il en devait être également ainsi du cas où les parties

auraient demandé acte en justice de leur choix commun du dépositaire, et même du cas où elles auraient supplié le juge de le leur désigner parmi les notaires de la ville, car ce n'est pas un jugement de consentement qui peut faire d'un notaire autre chose qu'un dépositaire simple et conventionnel, de même qu'un jugement sur le choix d'une caution ne convertit pas la caution conventionnelle en une caution judiciaire. Aublet de Maubuy s'appuie sur un arrêt du parlement de Paris du 31 mars 1765 (conforme à trois autres arrêts des 7 juillet 1741, 12 avril 1745 et 26 janvier 1767), qui a déclaré qu'un pareil dépôt ne constituait pas un fait de charge et ne donnait aucun privilège sur les autres créanciers ; ce qui était important, car alors les créanciers pour faits de charge avaient privilège par ordre hypothécaire sur le prix de l'office même, au préjudice, non-seulement des créanciers ordinaires, mais même au préjudice du vendeur de l'office. Donc, on peut conclure sûrement que sous l'ancien droit les dépôts faits par un client chez son notaire en attendant un placement, avec ou sans acte public, avec ou sans récépissé, n'étaient ni dépôts nécessaires ni dépôts publics ; que leur violation n'était pas un fait de charge et n'entraînait pas la contrainte par corps alors facultative de l'article 4 du titre 34 de l'ordonnance.

VII. Tel qu'est conçu l'article 2060, on ne peut se refuser à penser que ce sont *les faits de charge* et rien que les faits de charge *compris dans le texte de cet article* que le Code a voulu atteindre par la contrainte par corps impérative, parce qu'il faut que ces fautes soient rapidement réparées pour que les deniers ne demeurent pas dans l'actif de l'officier. Sans cela, pourquoi cette innovation de la contrainte *facultative* en contrainte *impérative* ? On ne saurait trouver la raison de cette innovation à l'égard des *avoués* et *huissiers*, compris seulement dans le projet de la section (*séance du 16 frimaire an XII. — FERRY, l. XV, p. 130*), qu'en remarquant que, sans être tenus de prononcer la contrainte, les parlements l'avaient pourtant *constamment* prononcée contre les procureurs, les huissiers et huissiers-pri-seurs (V. *ci-dessus* IV et V) dans les cas identiques à l'article 2060. D'où la conséquence que tous ces cas étaient *faits de charge*, et que les auteurs du projet, en adoptant la jurisprudence des parlements, l'avaient convertie en une loi inflexible pour tous les cas textuellement prévus par le § 7°. — Dans la

même séance (V. FENET, p. 144), M. Réal proposait « de prendre les notaires dans le § 7° de l'article, parce que, pour des liquidations et d'autres actes, les parties sont forcées de leur confier leurs titres. » L'article fut adopté avec cet amendement. Il ne parla nullement des fonds déposés chez eux. Pourquoi? Parce que, sous l'ancien droit, ces dépôts n'étaient pas *dépôts nécessaires*, comme nous venons de le démontrer (Voir ci-dessus chiffre VI). Les dépôts chez les notaires étaient volontaires. Ont-ils changé de nature? Leur violation est-elle devenue fait de charge? Leur violation¹ peut être un honteux délit, sans être un fait de charge et sans entraîner *civilement* la contrainte par corps impérative.

VIII, Avant d'aller plus loin, réunissons les textes qui, selon nous, doivent guider sous le nouveau droit tant pour ce qui constitue la contrainte impérative contre les notaires, avoués et autres officiers ministériels, que pour ce qui constitue les faits de charge. La vénalité des charges avait disparu par la révolution. Les offices étaient pourtant demeurés nécessaires. Plus de privilèges sur des offices entièrement hors du commerce; plus d'hypothèques générales. Pour garantie des fautes lourdes ou légères de l'officier, on eut recours aux cautionnements que l'officier pouvait verser de ses propres deniers ou de ceux d'un bailleur de fonds, pour répondre de tous les faits de charge par privilège de premier ordre, et dont le reliquat appartiendrait en second ordre au bailleur de fonds, et, s'il n'y avait bailleur de fonds, serait distribué aux créanciers ordinaires de l'officier. Les textes principaux sont le § 7° de l'article 2060, qui prononce la contrainte par corps impérative « pour la restitution des titres confiés aux officiers, et des deniers par eux reçus pour leurs clients, *par suite de leurs fonctions*; » l'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI, qui assujettit les notaires à un cautionnement qui *sera spécialement affecté* à la garantie des condamnations prononcées contre eux *par suite de l'exercice de leurs fonctions*; celle du 25 nivôse an XIII, sur les cautionnements fournis par les agents de change, courtiers de commerce, avoués, greffiers, huissiers

¹ Ce qui n'empêche pas que la loi ne doive être appliquée textuellement, quand le notaire a reçu de son client, ou pour son client, une somme de deniers, par suite de ses fonctions. La vraie difficulté est de connaître quand l'officier détient les deniers comme officier.

et commissaires-priseurs, qui « déclare commun à ces officiers « ce qui a été dit par l'article 23 de la loi du notariat, que tous « ces cautionnements sont affectés par premier privilège à la « garantie des condamnations qui pourraient être prononcées « contre eux *par suite de l'exercice de leurs fonctions*; » et l'article 2102, § 7° du Code Napoléon, au titre *Des privilèges et hypothèques*, qui déclare « privilégiées sur les fonds de leurs « cautionnements et sur les intérêts qui peuvent en être dus, « les créances résultant d'abus et prévarications commis par « les fonctionnaires publics *dans l'exercice de leurs fonctions*. »

Les textes corrélatifs au § 7° de l'article 2060 sont ceux qui déterminent en quoi consistent les fonctions des divers officiers dénommés dans l'article : « Les notaires sont établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt et en délivrer des grosses et expéditions (loi du 25 ventôse an XI, art. 1^{er}). Les avoués sont des officiers établis près les divers tribunaux qui ont le droit de postuler et de prendre des conclusions dans le tribunal près duquel ils sont établis (loi du 27 ventôse an XIII, art. 94), ou, en d'autres termes, dont la fonction exclusive sera de représenter les parties, d'être chargés et responsables des titres des parties, de faire les actes de forme nécessaires pour la régularité de la procédure et mettre l'affaire en état; même en certains cas, défendre les parties soit verbalement soit par écrit (loi du 29 janvier-20 mars 1791, art. 3), et les huissiers sont des officiers nécessaires pour les citations, significations ou exécutions (*même loi*, art. 2), ou, en d'autres termes, qui sont chargés de faire toutes citations, notifications et significations requises pour l'instruction des procès, ainsi que tous actes et exploits nécessaires pour l'exécution des ordonnances de justice, jugements et arrêts » (décret du 14 juin 1813, art. 24). Le cercle légal des fonctions de ces trois classes d'officiers est fixé par les lois ci-dessus citées.

IX. Le cautionnement ne peut être grevé du privilège spécial que pour un fait de charge, et, selon nous, la contrainte par corps impérative de l'article 2060 ne peut être prononcée contre l'une de ces trois classes d'officiers que pour condamnations prononcées contre eux ou abus et prévarications par eux commises

dans leurs fonctions. Or, la jurisprudence pour l'exercice du privilège ne présente guère de déviations sur l'application rigoureuse du droit.

1° La demoiselle Chapoteaux avait remis aux mains de Michaux, notaire, une somme de 7,000 francs pour la placer. Peu de jours après, placement aux mains du sieur Georges, emprunteur conjointement avec sa femme avec hypothèque sur une maison appartenant à Georges et subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, mais l'acte était resté non daté, la femme Georges n'avait pas signé, et il était constant que Georges *n'avait pas reçu la somme*. La Cour de Paris reconnut que Michaux s'était rendu coupable d'une faute grave dans l'exercice de ses fonctions envers la demoiselle Chapoteaux et la colloqua par privilège (*Paris, 4 mars 1834; S., 34, 2, 221*).

2° L'acquéreur (ni son cessionnaire), qui a laissé aux mains du notaire du vendeur les deniers, prix de la vente, pendant les délais de la purge des hypothèques, n'a aucun privilège sur le cautionnement. Les fonctions du notaire ont cessé par la passation de l'acte de vente, et le dépôt n'est que le résultat d'une confiance volontaire (*Rouen, 15 février 1838; S., 39, 2, 105, aff. Jamet*).

3° La réception sans mandat du client par un avoué à une Cour d'appel des deniers pour lesquels il a obtenu arrêt, même en menaçant le débiteur de poursuites, ne constitue pas un fait de charge. Dans l'espèce, le client avait reçu, depuis ce paiement, des billets à ordre de l'avoué qui sont restés impayés, de sorte que le débiteur était déchargé (*Toulouse, 15 mai 1844, aff. Jackson; S., 46, 2, 25*).

4° Quand un courtier de commerce reçoit le prix des marchandises vendues par son entremise, il fait acte de commissionnaire et non de courtier, puisque la loi et les règlements défendent aux courtiers de payer et de recevoir pour le compte de leurs commettants, et ce commettant ne peut arrêter la délivrance du cautionnement au bailleur de fonds, privilégié en second ordre (*Paris, 14 mai 1832; S., 32, 2, 526, aff. Lavalade*); mais le courtier devrait être soumis à l'article 2060 du Code civil pour les ventes publiques et aux enchères de marchandises, s'il en retenait les fonds.

5° La condamnation prononcée contre un avoué en restitution d'une somme par lui perçue au delà de ce qui lui était

légitimement dû, peut être exécutée sur son cautionnement comme dérivant d'un fait de charge (*Rennes, 19 décembre 1816, aff. Bernard; Sirey, Collect. nouv., 5, 2. 216*).

6^e Arrêt par lequel, quoique la Cour eût reconnu en point de fait que le sieur Laroche avait remis à M^e Vaillant, notaire, une somme de 2,000 francs pour être placée sur la veuve Geersen, à 5 p. 100 d'intérêts par an pour le terme de quatre années, *sur première hypothèque*; que cependant les biens se trouvaient grevés de la somme de 24,000 francs, à la date de la réception de l'acte; que M^e Vaillant n'avait pu ignorer l'existence de ces inscriptions, et que la vente des biens n'avait pas laissé de deniers pour payer Laroche, qui avait toujours été sans rapport avec la dame Geersen et s'en était rapporté entièrement à la bonne foi du notaire, n'en a pas moins repoussé le privilège sur le cautionnement réclamé par Laroche, par des motifs tellement applicables à la contrainte par corps impérative que nous croyons devoir les mettre en note sous les yeux du lecteur¹ « (*Douai, 20 décembre 1849, aff. Vaillant; S., 50, 2, 109*).

MOTIFS DE L'ARRÊT VAILLANT.

« Attendu qu'en cette matière, il importe de ne pas confondre avec les fautes relatives aux faits qui rentrent dans l'exercice légal et obligé des fonctions du notaire, l'abus que celui-ci ferait d'une confiance dont il aurait été investi à tout autre titre, alors même que cette confiance ne lui aurait été accordée qu'à l'occasion de ses fonctions et en considération du caractère public dont il est revêtu; — Que le recours à ces fins n'étant pas nécessaire et obligé dans ce cas, le droit de celui dont la confiance a été trompée ne va pas au delà de l'action ordinaire en réparation du dommage éprouvé, sans que le privilège attaché aux faits de charge puisse être réclamé comme sanction des condamnations obtenues;

« Attendu que le notaire qui se charge d'opérer un placement de fonds, et de procurer au prêteur des sûretés suffisantes, n'accomplit pas un acte de ses fonctions de notaire; — Que ce fait ne rentre ni dans les termes ni dans l'esprit de l'article 1^{er} de la loi du notariat; — Que les obligations que contracte le notaire envers celui qui lui a confié cette mission ne sont autres que les obligations d'un mandataire ordinaire, et que les conséquences résultant de l'inexécution du mandat, ou des fautes commises dans son exécution, sont régies par les principes du droit commun;

« Attendu qu'il est établi par les documents produits dans la cause, et constaté par le jugement dont est appel lui-même, que, le 17 février 1848, l'intimé a remis au notaire Vaillant une somme de 2,000 francs, que celui-ci s'est chargé de placer entre les mains de la veuve Geersen, pour quatre années, à l'intérêt de 5 p. 100 par an, et sur première hypothèque; — Attendu que le placement a été opéré en effet, et qu'il a été constaté à la

7° Arrêt de Nîmes, qui déclare que les détournements de fonds à placer pour un mineur, par un notaire nommé par un conseil de famille adjoint au tuteur pour l'administration des biens mobiliers, leur recette et leur placement, ne peuvent donner lieu pour leur sanction au privilège sur le cautionnement du notaire. Le même arrêt dit énergiquement qu'en admettant même que les fonds appartenant au mineur Guillaume

date du 18 mars 1848, par un acte reçu par le notaire Vaillant lui-même, mais que l'hypothèque sur laquelle devait compter l'intimé, au lieu d'être, suivant le mandat par lui donné à ce dernier, assise sur des biens libres, l'a été sur des biens grevés déjà de cinq inscriptions, dont le montant a depuis absorbé et au delà le prix de vente desdits biens; — Attendu que, dans les faits qui se sont accomplis et qui viennent d'être rappelés, Vaillant a agi dans les qualités différentes, précédemment indiquées, savoir, celle de notaire, en ce qui touche la réception de l'acte de prêt, et celle de mandataire ordinaire, en ce qui touche le placement et ses conditions; — Que la réunion de ces deux qualités dans la même personne n'a modifié en rien les obligations résultant de chacune d'elles, ni les conséquences dont ces obligations sont susceptibles d'après les principes qui leur sont propres; — Attendu que les faits de Vaillant, agissant comme notaire, n'ont rien de contraire aux prescriptions de la loi du notariat; que l'acte reçu par lui en cette qualité ne présente aucune irrégularité dans sa forme et n'est pas critiqué sous ce rapport; que c'est en contrevenant à la loi du mandat et aux devoirs que lui imposait sa qualité de mandataire qu'il a compromis les intérêts de l'intimé; que la loi qui a organisé ses fonctions ne lui imposant pas l'obligation de stipuler pour les parties, mais seulement de constater leurs conventions, le reproche mérité qu'il a encouru comme mandataire ordinaire, à raison de l'insuffisance des garanties hypothécaires qu'il devait assurer à l'intimé, ne peut l'atteindre comme mandataire légal, c'est-à-dire comme notaire; — Qu'il n'importe que, dans la pensée erronée du prêteur, les deux qualités se soient confondues, et que, dans son intention, Vaillant n'ait même été chargé du placement de ses fonds que comme notaire, et non comme mandataire ordinaire; qu'il n'appartient pas plus aux parties qu'aux fonctionnaires publics eux-mêmes, de modifier, en les étendant ou en les restreignant, les attributions que ceux-ci tiennent de la loi, pour arriver à des conséquences qui n'ont pas été dans la volonté du législateur; — Attendu, au surplus, que le fait de la signature apposée de confiance par l'intimé à l'acte du 18 mars 1848 n'est pas de nature à emporter ratification de ce qu'a fait Vaillant comme mandataire; — Qu'il suit de ces considérations que, si la décision dont est appel doit être confirmée en tant qu'elle condamne les appelants, en leur qualité de syndics de la faillite Vaillant, à payer à l'intimé une somme de 2,000 francs avec intérêts, pour la réparation du préjudice à lui causé par ledit Vaillant, il en est autrement de la disposition qui applique à tort à cette condamnation le privilège établi par les articles 33 de la loi du notariat, et 2102, n° 7, du Code civil; que le jugement doit être réformé à cet égard, et l'intimé débouté de sa demande. »

eussent été déposés chez le défendeur comme notaire, pour être placés par hypothèque, ce fait aurait été un acte de confiance volontaire, et que le détournement n'aurait pas constitué un fait de charge (*Nîmes*, 13 février 1851, aff. Guillaume; S., 51, 1, 169).

8° L'action à intenter contre un notaire pour placements mauvais et inconsidérés qu'il aurait faits pour sa cliente n'a pas de privilège sur le cautionnement (*Paris*, 11 mars 1852, aff. Paulinier; S., 1853, 2, 176).

9° La Cour de Toulouse avait jugé que Guiot, porteur d'une reconnaissance de Roques d'Orbscastel, notaire, constatant que le 7 août 1847 ce notaire avait reçu de Guiot 2,000 francs pour être placés en son nom par contrat hypothécaire et en premier rang sur Bernis père et fils, avec intérêts à partir dudit jour, reconnaissance qui devait être échangée contre la grosse du contrat, avait le privilège pour fait de charge sur le cautionnement du notaire; mais la Cour de cassation répondit, en cassant l'arrêt, « qu'on ne peut être notaire public qu'en vertu de la loi et pour des objets qu'elle a désignés; que la loi n'a pas constitué les notaires *depositaires publics* des deniers des particuliers; qu'il suit de là que le sieur Guiot ayant confié au notaire d'Orbscastel des fonds pour les placer en son nom par contrat hypothécaire, ce n'est pas dans l'exercice de ses fonctions et de sa charge que le notaire a reçu ce dépôt; que dès lors il n'était tenu que comme débiteur privé et que Guiot ne pouvait exercer à ce sujet aucun privilège pour fait de charge » (*Toulouse*, 8 mai 1852; S., 53, 2, 15; et cassation, 18 janvier 1854, aff. Guiot; S., 54, 1, 198).

10° Même doctrine dans les remarquables motifs d'un jugement du tribunal civil de la Seine du 14 août 1852, adoptés par l'arrêt confirmatif de la Cour impériale de Paris, du 15 novembre 1853 (aff. Dessessarts c. veuve Mauléon et autres; S., 54, 2, 206).

11° Voici un arrêt qui a appliqué les mêmes principes, mais dans une affaire où les faits n'en présentent pas aussi clairement l'idée.

Didier, huissier à Épernay, est chargé par M. Susillon de protester, à défaut de paiement, un billet à ordre du sieur Crochet, marchand à Commercy, mais avec domicile élu à Épernay; de dénoncer le protêt avec assignation au tribunal

de commerce de Commercy. Il en resta là, fut payé par le débiteur quelques mois après, et avoua par une lettre à son client qu'il avait dissipé les fonds. Le sieur Susillon frappa d'opposition le cautionnement, obtint plus tard un jugement contre Didier, en 1841, et ce jugement déclara que Didier était condamné en qualité d'huissier. — Sellier, bailleur de fonds, demanda mainlevée de l'opposition, sans former tierce opposition au jugement de 1841, et le même tribunal d'Épernay déclara, par jugement du 21 janvier 1848, Sellier mal fondé et autorisa le Trésor à verser le cautionnement de Didier aux mains de Susillon, jusqu'à concurrence de sa créance, et la Cour de cassation (ch. des requêtes) rejeta le pourvoi de Sellier, en décidant que Susillon n'avait pas discontinué de donner à l'huissier le pouvoir de toucher pour lui; que l'ordre donné à l'huissier d'assigner le débiteur n'était qu'une continuation des mêmes pouvoirs, et que celui-ci avait commis *un fait de charge*; qu'en conséquence le tribunal n'avait pas violé la loi (*Rejet, 14 mars 1849*).

Cela paraît au premier coup d'œil inexact, parce que ordinairement l'huissier n'est pas chargé *ex necessitate officii* de recevoir sur les assignations qu'il délivre. Mais outre qu'un premier jugement auquel Sellier n'avait pas formé de tierce opposition avait déclaré que l'huissier avait touché *comme huissier*, la Cour de cassation a décidé que le pouvoir résultant de l'ordre de protester, renfermant le pouvoir de recevoir le montant du billet, n'était pas révoqué par l'assignation tendant à parvenir au paiement; et, de plus, il faut dire que l'huissier étant resté porteur du billet et des pièces, et ayant dû les remettre au débiteur libéré par la remise du billet, était dans tous les cas soumis, par le fait de cette remise, à la contrainte par corps impérative du premier chef du § 7° de l'article 2060, pour le défaut de restitution du titre qui lui avait été confié.

X. Nous avons sous le *chiffre I* rétracté une erreur sur le sens du mot *pour*, dans l'article 2060, § 7°, et nous aurons occasion d'y revenir; car il ne faut pas que la rétractation d'une erreur nous fasse donner à cette préposition un sens trop étendu et contraire aux lois. Sous le *chiffre II* nous avons averti que cette rétractation ne s'étendait pas à ce qui n'était pas fait de charge, et nous avons indiqué une longue suite d'arrêts dans lesquels nous pensons sincèrement que les Cours se sont laissées

aller, par une décevante équité, à prononcer la contrainte par corps impérative. Sous les *chiffres* III, IV et V nous avons établi que si la contrainte n'était que facultative sous le droit de 1667, elle était pourtant constamment prononcée par les parlements pour les faits de charge énumérés depuis dans divers paragraphes de notre article 2060. Ensuite (*chiffre* VI), qu'on tenait pour constant que les dépôts chez les notaires n'étaient ni dépôts nécessaires, ni dépôts publics, ni dépôts judiciaires. Le *chiffre* VII indique comment s'est formée la loi relativement aux notaires, et avant de démontrer si ces dépôts ont changé de nature et si la violation de ces dépôts est devenue fait de charge, nous avons réuni sous le *chiffre* VIII les textes principaux et les textes accessoires sur lesquels nous avons à raisonner. Et le *chiffre* IX est une nomenclature exacte d'arrêts modernes qui prouve au moins que *les faits de charge* doivent être limités à ce qui est de LA NÉCESSITÉ DE L'OFFICE, d'où nous concluons qu'il en est de même de l'article 2060. C'est ce que nous avons à prouver.

XI. Rappelons-nous d'abord que la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat et sur l'affectation du cautionnement des notaires, rendue commune aux avoués, huissiers, etc., est contemporaine à la discussion du Code civil et faite dans le même esprit; or le Code civil veut que les biens du débiteur soient le gage commun de tous les créanciers, sauf les causes légitimes de préférence (art. 2093). Les notaires et autres officiers publics seront tenus d'affecter un cautionnement à la garantie de leurs faits de charge; et leurs autres créanciers n'auront sur ce cautionnement droit aucun qu'après les personnes lésées par eux par suite de l'exercice de leurs fonctions, en supposant que le cautionnement ait été versé par leur débiteur. — C'est un *privilege spécial* sur un bien déterminé, mais sur un bien très-limité, car les offices ne seraient point abordables aux hommes aptes à les exercer, si les cautionnements étaient trop élevés, et les hommes trop riches ne voudraient pas se livrer à des professions qui entraînent des travaux assidus et une responsabilité redoutable! — La loi a donc dû y ajouter comme complément de sûretés, pour certains faits de charge les plus graves et pour ceux qui doivent être rapidement réparés, la sanction impérative de la contrainte par corps.

C'est donc aux créanciers pour certains faits de charge, et à eux seuls, que notre article, §§ 3°, 4°, 6° et 7°, offre au client la contrainte par corps impérative comme *privilege spécial* sur la liberté des notaires et autres officiers publics. Étendre contre eux, sous prétexte d'équité et d'interprétation, les cas de contrainte par corps, c'est diminuer le gage commun; car, si l'officier paye par peur de prison, il prendra la somme sur les biens étrangers à son cautionnement : donc, autant de préjudice pour les créanciers ordinaires; autant de préjudice même pour les créanciers privilégiés, si le cautionnement est insuffisant, puisqu'ils ont droit à contribution sur les autres biens que la crainte du *par corps*¹ aura entamés. Étendez la contrainte par corps impérative de l'article 2060, § 7°, au delà de la loi, ce n'est pas à l'officier que *la justice fera tort*, c'est à la masse des créanciers. Les lois sur le cautionnement et le § 7° de l'article 2060 sont donc deux lois parallèles sur ce point; il faut donc absolument que le fait qui motive la contrainte par corps impérative contre un officier public pour restitution du titre ou restitution de deniers, par lui reçus pour le client par suite de ses fonctions, soit *un fait de charge* proprement dit.

Circonscrivons nettement notre opinion. Les lois sur la contrainte par corps et les lois sur les cautionnements sont des lois de deux ordres différents, mais qui se touchent en quelques points; nous disons seulement que l'article 2060, § 7°, soit pour la restitution de titres au client ou à la partie adverse, soit pour restitution de deniers par l'officier au client pour lequel il les aura reçus, n'entraîne la contrainte par corps qu'autant que le titre et les deniers ont été reçus par suite de ses fonctions, et qu'alors il faut qu'il y ait *fait de charge* et droit au cautionnement pour prononcer la contrainte par corps impérative. Nous ne disons pas que *tout fait de charge* à l'égard du client en-

¹ Ce n'est pas là une critique du Code Napoléon. Qu'on lise bien le titre, et l'on se convaincra que la contrainte par corps impérative n'y est ordonnée que pour contraindre le débiteur à restituer promptement ce qui ne devrait pas être le gage des autres créanciers (V. les art. 2059 et 2060). La contrainte par corps facultative y est réglée sur la même base (V. les art. 2061 et 2062). Ce qui a altéré le système, c'est la contrainte par corps facultative pour les dommages-intérêts, établie par le Code de procédure civile. Or, elle atteint les officiers publics comme les autres citoyens.

traîne la contrainte par corps impérative, car un fait de charge peut naître d'une faute préjudiciable, telle qu'une nullité d'acte, commise faute d'attention, et frapper le cautionnement sans enchaîner la liberté. — Nous ne disons pas non plus que les cas qui ne rentreront pas précisément dans l'article 2060 ne produiront pas la contrainte par corps; mais ce sera, suivant les circonstances, la contrainte par corps facultative. — Il se présentera des cas où la bonne réputation de l'officier, l'erreur de l'opinion locale sur la puissance de ses facultés pécuniaires, une bonne conduite depuis longtemps connue et même le reflet de considération qu'il tiendra de son office, attireront dans sa caisse des sommes d'argent, en attendant qu'il se présente une occasion de placement solide : ce ne seront pas des sommes reçues par lui *par suite de ses fonctions*, au moins dans notre opinion,... et s'il vient à les dissiper sans en avoir fait emploi, la partie pourra avoir contre lui, suivant les cas, la contrainte par corps impérative de l'article 52 du Code pénal, si elle prend la voie criminelle, ou la contrainte par corps laissée à la discrétion du juge, si elle prend la voie civile... Mais la partie aura-t-elle la contrainte impérative et civile du § 7° de l'article 2060? mais aura-t-elle l'action sur le cautionnement?... Jamais. — Enfin quand, par suite de ses fonctions, l'officier aura lésé un tiers qui le poursuivra par la voie civile, ce tiers pourra avoir contre lui, suivant les circonstances, la contrainte facultative de l'article 126 du Code de procédure et l'action sur le cautionnement.

XII. La jurisprudence des Cours souveraines paraît s'éloigner de plus en plus de cette règle, depuis une trentaine d'années, comme nous l'avons dit au *chiffre* II. Les arrêts admettent la rigueur des textes quand *il s'agit d'opposition* sur le cautionnement; ils en élargissent le sens et en augmentent la portée quand il ne s'agit que d'une demande principale contre l'officier. Pourquoi? Parce que lors d'un arrêt trop indulgent sur une demande en validité d'opposition sur le cautionnement, le tort qu'il causerait aux autres créanciers pour faits de charge frapperait sur-le-champ l'esprit des magistrats; mais quand un intérêt aussi prochain n'est pas en cause, les créanciers ordinaires et leur masse restent dans l'ombre; personne n'élève la voix pour eux. Le créancier trompé devient favorable; l'officier coupable, plus odieux; et le cercle de la contrainte par corps

impérative s'élargit involontairement et par une équité miséricordieuse pour le demandeur, malgré la limite infranchissable que pose l'article 2063, dont la disposition est DE DROIT PUBLIC¹.

XIII. La doctrine du barreau tend à suivre le mouvement de la jurisprudence des arrêts, parce que l'application étendue du § 7° de l'article 2060 favorise l'exécution des décisions sur la responsabilité des officiers ministériels. D'ailleurs, au barreau, on n'ose guère résister à la puissance des arrêts, surtout quand le client est défavorable. Les auteurs sont divisés : Cadres, sur l'article 2060, se décide contre l'arrêt Aubertier, mais il fait des distinctions en faveur du client qui a laissé au notaire les fonds qui ont été touchés par devant lui, pour payer des sommes dues hypothécairement par le client (V. *Code manuel de la contrainte par corps*, 1841, p. 32).—M. Lassime se borne à dire : « Si ce n'était pas par suite de ses fonctions, mais en vertu d'un mandat *ad negotia*, la contrainte de l'article 2060 ne serait pas encourue (*Traité de la contrainte par corps*, p. 60). Cela ne lève pas la difficulté sur les mots « *par suite de leurs fonctions*, » et ce sont ces mots-là qu'on interprète autrement que nous. M. Troplong s'est formellement élevé contre notre opinion (*Contrainte par corps*, n° 176 à 183); mais remarquons que M. Troplong a posé le même principe que nous dans son *Commentaire des Privilèges et hypothèques* (n° 209 sur l'art. 2102, § 7°), où il a dit « que les cautionnements des greffiers, notaires, avoués, etc., ne sont déposés que pour répondre des faits de ces officiers envers les particuliers qui sont obligés, EX NECESSITATE OFFICII, de recourir à leur ministère, et de suivre la foi publique. »—Or M. Troplong a l'esprit trop conséquent pour n'être pas d'accord avec lui-

¹ Ce sont les magistrats eux-mêmes qui nous ont appris les sentiments qui les guident. — Dans l'arrêt Jackson (V. ci-dessus *chiffre* XI, 3°), la Cour de Toulouse, en refusant justement au créancier de l'avoué le privilège de premier ordre, ajoute sans nécessité aucune : « Si l'on peut appliquer avec une extrême sévérité contre l'officier ministériel lui-même le principe de sa propre responsabilité, et si l'on comprend que l'application de la contrainte par corps prononcée par l'article 2060 puisse être étendue à la garantie de certains actes, qui, sans être de ceux que l'officier avait seul le droit de faire, n'ont cependant été de sa part qu'une suite, une conséquence de la confiance qui lui était accordée par son client à cause de sa qualité d'avoué, le doute ne peut subsister lorsqu'il s'agit de régler les droits des créanciers entre eux. »

même, et il l'est en effet ; il pense que l'article 2060, § 7°, a un sens plus étendu que celui que nous lui donnons, et que tous les faits que comprend cet article sont des faits de charge ; donc, par une conséquence nécessaire, il admettra au nombre des faits de charge les faits spécifiés dans les arrêts Aubertier, Maine-Glatigny, Guérin, Bodin (V. ci-dessus notre *chiffre II*), et réduira à de faibles fractions le partage des cautionnements, tout en avouant que les faits ne sont pas de l'essence des fonctions. — MM. Dalloz, à leur tour, avec un peu plus d'oscillations, adoptent dans leur nouveau Répertoire, mot *Contrainte par corps*, n° 225, la doctrine de M. Troplong. — Nous avons aussi entendu sur ce point, en consultation, d'autres arguments contre nous. Il faut les réduire tous à quatre objections : — 1° Le § 7° de l'article 2060 est un texte nouveau ; il peut donc être entendu d'une manière plus large que l'ancien droit ; 2° les différences de rédaction entre notre § 7° et les lois qui parlent des cautionnements et des privilèges s'opposent à ce que notre paragraphe s'entende comme ces lois ; car il y a une différence réelle entre ces mots, *par suite de leurs fonctions*, et ceux-ci, « condamnations prononcées *par suite de leurs fonctions*, » ou « abus et prévarications commis *dans l'exercice de leurs fonctions* ; » — 3° Nous avons entendu trop strictement les mots « *reçus par eux pour leurs clients*. » Il faut les entendre plus largement, et le discours de M. Bigot-Préameneu le prouve. D'ailleurs, l'ancienne jurisprudence même admettait cette étendue de compréhension ; — 4° Enfin, notre opinion ne tient point assez compte de la pratique des affaires et des exigences habituelles des officiers.

XIV. La première de ces objections est spécieuse. Elle demande pourquoi, si l'ordonnance de 1667, tit. 34 : « *Dépôts nécessaires* » — « *Consignations faites par ordonnance de justice ou entre les mains de personnes publiques* » — « *Représentation des biens par les séquestres, commissaires et gardiens*, était dans son texte suffisante pour atteindre dans la mesure que nous réclamons aujourd'hui les notaires, avoués et huissiers, les rédacteurs du Code civil, en conservant les mêmes dispositions dans les §§ 1°, 3°, 4° et 6°, se sont avisés d'écrire un § 7°, qui n'existait même pas dans le projet primitif de la commission du gouvernement, pour les notaires, avoués et

huissiers.... Ce paragraphe ne pouvait avoir sa raison d'être, que par l'intention du législateur, à l'égard de ces trois classes d'officiers, de donner à la contrainte par corps plus d'étendue qu'elle n'en avait auparavant.

Nous répondons que la nouvelle loi n'est plus facultative comme l'ordonnance : elle est impérative, et, par conséquent, dans une matière où l'article 2063 défend, par les mots « *hors des cas ci-dessus déterminés* » de dépasser le cercle étroit que le titre prescrit, le seul désir de la clarté était suffisant pour inspirer à la section de législation le septième paragraphe, afin de ne pas abandonner à la jurisprudence ce qui ne devait être que la conséquence d'une loi précise; et, puisque nous avons démontré que dans tous les cas des paragraphes précédents la contrainte par corps impérative s'applique aujourd'hui à des faits qu'auparavant les parlements frappaient *constamment* de contrainte par corps, on doit en conclure que notre § 7° a été écrit contre les notaires, avoués ou huissiers pour les seuls faits que les parlements atteignaient toujours par la contrainte par corps, bien qu'ils eussent le pouvoir de ne la pas prononcer (V. ci-dessus chiffres IV, V et VI). — Ce que nous répondrons sur les autres objections confirmera ce que nous venons de dire sur celle-ci. Nous nous contentons de faire remarquer ici, qu'une disposition de droit étroit ne peut s'étendre par une induction quelconque.

XV. La seconde objection exige une plus longue réponse. Elle prétend étendre les faits frappés de contrainte impérative, en cherchant, par une disputation sur les mots, des différences de rédaction entre l'article 2060, § 7°, au Code Napoléon et les §§ 3°, 4° et 6° du même article, l'article 23 de la loi du notariat, celle des cautionnements du 25 nivôse an XIII, et l'article 2102, § 7°, au titre des Privilèges et hypothèques. Le lecteur sent que notre réponse s'adresse surtout à ceux qui professent que la contrainte par corps impérative doit être plus facilement et plus largement prononcée que l'attribution de tout ou partie du cautionnement.

Rappelons d'abord, pour être plus clair dans notre réponse que, puisque les fonctions des officiers dont on s'occupe ici sont à des degrés différents une délégation des pouvoirs publics et l'imposition de certains devoirs auxquels les autres citoyens ne participent pas, il faut nécessairement, au point de vue de la

contrainte par corps impérative, renfermer les effets sancitifs de cette délégation dans le cercle des attributions et des devoirs *spéciaux* accordés ou imposés aux officiers par les lois qui régissent leur institution, et qui constituent leurs fonctions (V. ci-dessus *chiffre VIII*, 2^e alinéa). Au delà, et en tout ce qui ne sera pas suite de leurs fonctions, il n'y aura pas fait de charge : car, comme la capacité spéciale dont les investit leur office ne les prive pas de l'aptitude générale appartenant à tous les citoyens de faire toute autre espèce d'actes licites, il est clair que, s'ils acceptent soit par acte, soit sans acte et verbalement, un dépôt salarié ou non, un mandat de garder des deniers avec destination spéciale, qu'ils en payent ou non l'intérêt, tout cela est indifférent ; rien de cela n'est *de la nature* de la fonction ; tout cela pourrait être fait par un autre citoyen, à la charge, selon les cas, de remettre les sommes à lui confiées et, selon leur destination, soit à la personne qui les a confiées, soit au destinataire, soit à un agent de change, courtier de commerce, huissier, avoué ou notaire, ou tout autre officier dont la fonction serait nécessaire pour réaliser l'intention du mandant ou du déposant : donc, aucun de ces faits, de ces dépôts, de ces mandats à l'officier, n'a lieu par suite des fonctions de l'officier, mais seulement par suite de la volonté privée du mandant ou déposant, et de l'aptitude de droit commun du notaire, avoué ou huissier considéré comme homme privé. De sorte que toutes les recettes qu'un notaire, avoué ou huissier peut faire, comme pourrait les faire tout autre citoyen, seraient des recettes ou des faits *de droit commun*, et non pas des faits de charge. L'abus n'en doit donc pas entraîner la contrainte impérative du § 7^o de l'article 2060, ni le prélèvement sur le cautionnement, quoique en certains cas, il puisse entraîner au civil la contrainte par corps potestative et, presque toujours, au criminel, la contrainte impérative de l'article 52 du Code pénal. Ainsi, on doit poser en principe que dans toute recette faite par un notaire, par un avoué, par un huissier, d'un client ou pour un client, quand ses fonctions ne l'y autorisent pas, l'officier agit comme simple particulier, *non ex officio, sed ut ipse*.

Pour éluder cette vérité, qu'on n'abuse pas du mot *clients* dans notre § 7^o. Il n'y est pas employé dans le langage du monde ni dans celui même des officiers qui appellent ainsi les personnes qui s'adressent habituellement à eux. En droit,

et surtout dans ce passage, *clients* est placé par opposition à notaires, avoués, huissiers, et de même que notre paragraphe considère les notaires, avoués et huissiers agissant dans leur qualité de fonctionnaires, de même il considère les *clients*, non relativement à ce qu'ils pourraient faire avec de simples particuliers, mais relativement à l'emploi *actuel* qu'ils font des fonctions de l'officier, puisqu'il faut que ce soit par une suite des fonctions de l'officier que les deniers aient été reçus par lui, pour appliquer le § 7° contre l'officier. Il faut bien que le mot *clients* soit pris dans ce sens étroit et dégénéré du sens de *clientes*, auquel il doit son origine. La qualité de *clients* était perpétuelle *erga patronum* chez les Romains; chez nous et en droit, elle n'est que momentanée; elle n'est que relative à la fonction; et les termes mêmes « *reçus par suite de leurs fonctions* » font nécessairement, des fonctions spéciales à l'officier, la cause génératrice de la recette qu'aura faite l'officier.

XVI. S'il lui reste quelques doutes, que le lecteur s'arrête sur l'article 2060 tout entier et qu'il en étudie le mécanisme : il contient trois paragraphes (§§ 1°, 2° et 5°) étrangers aux officiers publics : — dépôts nécessaires — réintégration — cautions; — trois autres relatifs aux personnes publiques et aux commissions par justice, les §§ 3° (que M. Troplong a opposé à notre § 7° dans son n° 179), 4° et 6° qu'il aurait pu y opposer aussi; — enfin notre § 7°.

Comme dans les §§ 1°, 2°, 5° qui concernent tous les citoyens le législateur n'a fait que déterminer les faits, il suit la même marche dans les §§ 3°, 4°, 6°, relatifs aux personnes publiques ou commises par justice; il détermine le fait générateur de la contrainte impérative, en désignant d'une manière abstraite les officiers et les personnes nommées par justice à certaines commissions, en ne s'occupant de leur fonction ou commission qu'autant qu'elle est une cause déterminante de contrainte impérative. Ainsi le § 3° la prononce pour répétition des deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet. — Pourquoi? — Le Code n'avait pas besoin de le dire : comme sanction du devoir de restituer des sommes entrées en leurs mains par suite de leurs fonctions publiques. Le § 4° la prononce pour la représentation des choses déposées aux séquestres, commissaires ou autres gardiens, parce qu'ils n'ont reçu ce dépôt que par suite de leur commission judiciaire, et, par la même raison,

le § 6° l'a prononcée contre tous officiers publics pour la représentation de leurs minutes, quand elle aura été ordonnée, car c'est par suite de leurs fonctions officielles qu'ils les détiennent. Personne pourtant ne s'offense que les rédacteurs n'aient pas ajouté à chaque paragraphe « reçus ou détenus par suite de leurs fonctions ou de leur commission. » C'eût été pire qu'une inutilité, pire qu'un pléonasme : c'eût été une niaiserie législative.

Mais quand les rédacteurs, arrivés au § 7° de notre article 2060, qui dans les six premiers paragraphes n'avait indiqué que des violations déterminées de devoirs privés ou officiels entraînant impérativement la contrainte par corps, sans avoir spécialisé aucun officier public par le nom d'une profession, ont voulu réunir en une seule disposition tous les cas où les huissiers, les avoués, puis les notaires, seraient impérativement frappés de la contrainte par corps, ils ont été forcés, justement à cause de la spécialisation des professions, d'exclure (art. 2063) de cette contrainte impérative les cas où le notaire, l'avoué ou l'huissier n'auraient pas reçu les deniers par suite de leurs fonctions. C'est pourquoi notre paragraphe, voulant que la contrainte impérative ne fût appliquée par les tribunaux civils qu'à la violation des recettes faites pour le client par le notaire, l'avoué ou l'huissier, agissant dans son ministère officiel, a dû ajouter ici « *par suite de ses fonctions,* » c'est-à-dire que le paragraphe n'est applicable qu'au cas où l'officier a fait la recette *ex officio*, comme officier, *non ut ipse*, et non par suite de l'appétit au droit commun à tout particulier de recevoir volontairement un dépôt, un mandat, une somme d'argent, même à la charge d'en faire un emploi déterminé.

Les mots « *par suite de leurs fonctions* » exprimés dans ce paragraphe sont donc termes sous-entendus dans les §§ 3°, 4° et 6°. Ils ont donc dans le § 7° le sens qu'ils auraient à la fin des §§ 3°, 4° et 6°, s'ils y avaient été écrits, car un receveur des finances pourrait recevoir, comme homme privé, le dépôt volontaire de deux plaideurs d'une somme d'argent jusqu'à la fin d'un procès ; un séquestre judiciaire peut, en dehors de sa commission, devenir séquestre conventionnel pour d'autres personnes ; ni l'un ni l'autre ne tomberait sous les dispositions impératives des §§ 3° et 4°.

Les mots « *par suite de leurs fonctions,* » sont limitatifs,

comme tout ce qui est écrit sur la matière des *contraintes par corps*. Or où faut-il chercher ce qui est fonction de l'officier? Dans les lois qui déterminent ses fonctions officielles (Voir le *chiffre IX*). Quelles recettes devront être considérées comme suite de la fonction? Celles qui découleront de la nature même de la fonction, et non celles que l'officier pourrait faire de gré à gré, s'il n'était ni notaire, ni avoué, ni huissier. Les mots « par suite de leurs fonctions, » sont donc la traduction des mots de Loyseau, *ex necessitate officii*.

XVII. Aussi n'attachons-nous pas une grande importance aux légères différences de rédaction qu'on se plaît à remarquer entre les lois des cautionnements, — la loi des privilèges — et la loi sur la contrainte par corps. — Reçus par suite de leurs fonctions a toujours signifié : « Reçus dans leurs fonctions, » reçus en leur qualité d'officiers, reçus dans l'exercice de leurs fonctions.

Toutes ces lois ne forment qu'un tout; elles concordent entre elles, quoiqu'elles considèrent le même objet sous un point de vue différent, et chaque point de vue peut avoir appelé des expressions différentes. — L'article 23 de la loi du notariat et la loi du 25 nivose an XIII, affectent spécialement les cautionnements des notaires, avoués, huissiers et autres, à la garantie des condamnations qui seraient prononcées contre eux « par suite de l'exercice de leurs fonctions. » — Ces deux lois parlent bien de ce qu'on appelle « faits de charge. » — Si chacune d'elles avait dit « par suite de leurs fonctions, » est-ce que cela aurait changé quelque chose au sens? — Pas le moins du monde. Mais elles ont cependant été exactement rédigées, puisqu'elles font entendre que ce n'est pas au Trésor public à examiner la qualité des faits, et qu'avant d'exercer le retrait de tout ou partie du cautionnement, il faudra que le créancier ait fait décider en justice réglée, au civil ou au criminel, que l'officier est son débiteur par suite de ses fonctions, et non pas son débiteur privé par suite d'un fait de droit commun. Or, ce mot *exercice* a deux sens en droit. Le fait actuel d'exercer, et la durée totale ou partielle des fonctions, et dans les lois du cautionnement, le mot *exercice* embrasse toute la durée des fonctions, puisqu'à la différence de l'ancien prix des offices qui se distribuait par ordre d'hypothèque, le cautionnement se distribue comme meuble et par distribution entre les

créanciers pour faits de charge, dès qu'il y a plusieurs opposants. Tout au contraire, l'article 2060, § 7°, n'offre plus l'idée générale et collective des lois de l'an XI et de l'an XIII. Il ne s'occupe que d'un point unique dans la durée de l'exercice. Ce point unique est d'examiner si le fait de remise des titres ou de réception de deniers pour le client, ou par lui-même, dont l'officier refuse la restitution, n'a eu lieu que par suite de ses fonctions, d'après les lois constitutives des fonctions de l'officier. Dès que l'opposition à *clients* des mots *notaires, huissiers, avoués* fixait par elle-même que la recette, cause du procès, aurait été faite dans la durée de *l'exercice*, les mots *par suite de leurs fonctions* étaient seuls nécessaires dans notre paragraphe.

Quant à l'article 2102, § 7°, qui porte au titre des Privilèges : « Créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics *dans l'exercice de leurs fonctions*, » ces derniers mots y sont pris dans le double sens de la durée des fonctions et de la nature des faits ; et cela devait être, parce que l'article 2102 comprend tous les faits d'abus et de prévarications quelconques commis non-seulement envers les clients, mais envers toutes personnes lésées, pendant toute la durée de l'exercice ; mais de ce qu'ici le législateur, pour tout comprendre relativement au privilège sur le cautionnement à l'égard de tous, s'est servi des mots : « dans l'exercice de leurs fonctions, » s'ensuit-il que l'article 2060, § 7°, spécial à la contrainte par corps impérative et au fait isolé d'une recette faite pour le client par l'officier, aurait dû écrire « par suite de *l'exercice* de ses fonctions, ou *dans l'exercice de ses fonctions* ? » Non certainement. Dans chacune de ces lois, le législateur a écrit ce qui devait être écrit ; et les réunir toutes pour obscurcir l'article 2060, § 7° et lui donner une étendue qu'il n'a pas, n'est qu'une vaine subtilité. *Recevoir par suite de ses fonctions*, a voulu dire dans tous les temps, *recevoir* en qualité d'officier en conséquence des devoirs de la fonction.

XVIII. La troisième objection a pour objet d'établir que nous restreignons trop l'application du § 7° de notre article : elle nous oppose principalement l'*Exposé des motifs* ; elle s'appuie sur une sentence des requêtes de l'hôtel, citée par Brillon, qui paraît avoir été une des principales causes de la jurisprudence moderne : elle développe les arguments de cette jurisprudence par des motifs qui nous feront répondre de suite à la quatrième

objection tirée de ce que nous ne songeons point assez à la nécessité, à la pratique des affaires et aux exigences des officiers.

Nous avons déjà répondu à la première partie de la troisième objection en établissant (*chiffre XV*) qu'il ne fallait pas confondre les agissements de l'individu résultant de son aptitude de droit commun avec les agissements de l'officier, qui sont une suite de ses pouvoirs ou de ses devoirs officiels. Nous avons démontré que le mot *clients* devait être pris dans un sens restreint au moment même de l'agissement de l'officier; nous avons établi (*chiffre XVI*), que les mots *par suite de leurs fonctions* avaient dû être sous-entendus dans les §§ 3°, 4° et 6°, mais qu'ils avaient dû être exprimés dans le § 7°, afin d'appliquer seulement la contrainte par corps impérative aux agissements des notaires, avoués et huissiers *ex officio*, et de l'exclure pour les cas où leurs faits découleraient de leur capacité générale comme individus; enfin nous avons démontré (*chiffre XVII*), qu'on abusait des textes en comparant à l'article 2060, § 7°, les lois sur les cautionnements et sur les privilèges, et que chaque loi avait parlé comme elle le devait faire.

XIX. On voit donc que nous entendons l'*Exposé des motifs* tout autrement que l'opinion commune, les docteurs et les arrêts; tout autrement que M. Troplong ne l'a entendu dans ses n° 178 et 179, parce que cet illustre écrivain s'est laissé entraîner par les arrêts modernes. Nous sommes forcé de citer pour que nos réponses soient mieux comprises : « Con-
 « sultez d'abord l'esprit de la loi. *On ne peut employer les no-*
 « *taires, les avoués, les huissiers*, disait M. Bigot-Préameneu, *sans*
 « *être dans la nécessité de leur confier les titres et l'argent néces-*
 « *saires* POUR AGIR. L'orateur du gouvernement suppose donc
 « que les *remises de fonds* qui se lient à l'acte dont l'officier a
 « été chargé sont une conséquence de son ministère, et qu'il y
 « a *fait de charge* dans la conservation de ces deniers. Un no-
 « taire est chargé de faire un placement, d'opérer un prêt.
 « Comment voulez-vous qu'il y parvienne, s'il n'a pas entre
 « ses mains les fonds du prêteur? N'est-ce pas presque tou-
 « jours une nécessité de l'opération commise à la fonction du
 « notaire que de verser *préalablement* les fonds entre ses
 « mains? — Puis, prenez le texte de notre paragraphe, et voyez
 « s'il est possible d'échapper aux termes dont il se sert. On

« veut cependant qu'il n'en soit pas ainsi, parce que l'essence
 « de la fonction du notaire est de donner l'authenticité aux
 « actes, et non pas de chercher des emprunteurs et de recevoir
 « des dépôts d'argent. Mais quand on élève cette objection, on
 « ne fait pas attention que le texte de la loi n'est pas restreint
 « aux remises qui sont de l'essence de la fonction (c'est le cas
 « du § 3^o de l'article 2060 plutôt que du § 7^o), mais qu'il em-
 « brasse dans sa généralité *les remises* qui sont une suite de la
 « fonction. — Or, du droit exclusif de passer les actes publics
 « de prêt, est sortie comme conséquence, comme suite natu-
 « relle des fonctions de notaire, *le mandat* de rapprocher les
 « clients de l'étude, de mettre le prêteur en rapport avec l'em-
 « prunteur, de procurer un prêteur à celui qui demande à em-
 « prunter. — Puis, par une autre conséquence, le dépôt des
 « fonds qui sont l'objet du prêt a dû s'effectuer entre les mains
 « du notaire pour faciliter l'opération et la rendre plus sûre,
 « plus prompte. Ceci n'est pas une chose nouvelle: c'est un
 « usage aussi vieux que le notariat et contemporain de ses plus
 « beaux temps d'intégrité. Toujours on a entendu que *ces dé-*
 « *pôts* sont une *suite* de la fonction publique, et rentrent dans le
 « fait de la charge. ... Où voit on que pour l'exercice de la con-
 « trainte par corps, le législateur n'a envisagé le notaire que
 « comme dépositaire des titres ? »

Nous dirons donc d'abord que l'*Exposé des motifs*, loin d'être extensif de la *contrainte impérative*, en est plutôt restrictif, si on lit le discours entier. — D'abord, il atteste que, sauf les adoucissements que le Code Napoléon y a apportés, les rédacteurs avaient adopté la jurisprudence que les parlements avaient créée sous l'ordonnance civile: « Les magistrats philosophes, a dit l'Orateur, qui en 1667 rédigèrent un Code judiciaire, firent adopter, relativement à la contrainte par corps, *le système* dans lequel on balance le respect dû à la liberté individuelle avec le respect dû à la foi des contrats... » N'est-ce pas avoir dit que le système général du Code est le même que celui résultant de l'esprit dans lequel les parlements, que tous les rédacteurs du Code avaient vu fonctionner, appliquaient l'ordonnance de 1667; et nous croyons avoir exactement établi quelle était alors la jurisprudence des parlements à l'égard

¹ On a répondu à cet argument *chiffre XVI*.

des huissiers, procureurs et notaires, dans les *chiffres* III à VI.

Le second passage de l'*Exposé des motifs*, avant d'arriver à l'énumération des cas de contrainte par corps, enseigne qu'il ne faut jamais donner à la loi une interprétation *extensive*. — « RÈGLE FONDAMENTALE, porte-t-il, la contrainte par corps ne « peut être prononcée si elle n'est autorisée par une loi formelle. Ce qui intéresse la liberté des personnes est ce qui « tient le plus au droit public. Cela ne doit pas dépendre de « la volonté des parties, NI MÊME ÊTRE LAISSÉ À L'ARBITRAGE DES « JUGES. C'est seulement à la volonté générale exprimée par la « loi, que peut être subordonnée la volonté individuelle. »

D'après ces principes de l'*Exposé des motifs*, il faudra donc, quand l'orateur descendra au détail de chaque article, prendre bien garde à ne pas aller plus loin que sa pensée, et surtout ne pas aller plus loin que le texte de la loi.

Sur le § 7° de l'article 2060 « deniers par eux reçus pour « leurs clients, par suite de leurs fonctions, » M. Bigot-Préameneu change *volontairement* dans son discours le texte de l'article. Il ne se sert pas des mots « POUR LEURS CLIENTS » et y substitue « qu'ils reçoivent *de clients*, » et certes, il n'a pas eu envie de supprimer le texte, ni d'exclure de la contrainte par corps impérative les sommes que les officiers, *par suite de leurs fonctions*, auront reçues de l'autre partie pour leurs clients.

« Seront contraints par corps les notaires, les avoués et les « huissiers pour la restitution des titres qui leur sont confiés « et des deniers qu'ils reçoivent *de clients*, par suite de leurs « fonctions. »

D'où vient ce désaccord apparent entre le texte et l'*Exposé*? Il vient de ce que M. Bigot-Préameneu, l'un des jurisconsultes du Conseil le plus versés dans la jurisprudence, se rappelait la solution donnée par les arrêts des 27 juillet 1759 et 20 mars 1767 à la question de savoir s'il y avait fait de charge et contrainte par corps contre les procureurs et les huissiers qui refuseraient de restituer les deniers qu'ils avaient reçus des clients pour avances non épulsées ou pour offres réelles non acceptées (V. *chiffres* V et VI); de ce qu'il sentait bien que, dans ces cas, le mot *pour* suffisait, puisque, bien que les deniers eussent été reçus *du client*, ils avaient été reçus par l'officier pour l'utilité du client même; de ce qu'il sentait aussi (et l'événement l'a prouvé) que cette vérité pouvait n'être

pas comprise par tous, et qu'en conséquence il en fallait une explication nette pour les cas des deux arrêts, et de tous les cas qui concorderaient à l'espèce des arrêts; et qu'en conséquence les avances faites au notaire par le client pour les frais futurs d'un acte, dont il est actuellement chargé, et qui ne se réalise pas, doivent être recouverts par la contrainte par corps, et frappent le cautionnement comme fait de charge.

C'est là tout ce qu'a voulu dire M. Bigot-Préameneu. La preuve en ressort de ce qu'il n'explique en quoi que ce soit le mot *pour* relativement aux recettes faites de tierces personnes, ce qui est pourtant le cas le plus fréquent de la loi, du moins, relativement aux huissiers, qui exécutent les jugements: or, il est impossible qu'il ait voulu supprimer le mot *pour*: donc, il a voulu seulement distinguer un cas spécial, qu'il craignait qu'on n'aperçût pas toujours. Cette preuve ressort aussi de cette locution singulière: « deniers qu'ils reçoivent de clients par suite de leurs fonctions, et non pas de leurs clients, pour indiquer par une particule partitive qu'il ne désigne que de certains cas de recettes des mains du client, et non pas toutes les sommes à recevoir des clients. Cette preuve ressort encore mieux de la phrase qui suit immédiatement: ON NE PEUT employer les notaires, les avoués, les huissiers sans être dans la nécessité de leur confier les titres et l'argent nécessaires pour agir. » — C'est donc seulement dans la mesure nécessaire à l'agissement requis que les huissiers, avoués ou notaires sont autorisés à exiger du client une provision en deniers avant d'agir. — Et c'est le point où nous nous arrêtons; car la dernière période de ce passage explique dans sa généralité le mot *pour*, omis à dessein dans sa première partie, et embrasse toutes les recettes qu'ils auront faites de clients ou de l'autre partie pour le client lui-même par suite de leurs fonctions (*ex necessitate officii*) « Ministres secondaires de la justice, ils doivent être mis dans la classe de ceux qui sont ses dépositaires; et s'ils manquent ainsi à la confiance publique, ils sont assujettis à la contrainte par corps. » — Ce n'est qu'une phrase oratoire pour justifier l'article en général et qui ne nuit en rien, ni aux restrictions de l'article 2063, ni à celles des passages fondamentaux de l'Exposé des motifs, ni à l'explication précédente.

XX. Nous croyons même que c'est par illusion que les au-

teurs modernes ont pensé qu'on avait *toujours* entendu sous l'ancien droit que les dépôts faits chez les notaires pour des placements étaient une suite de la fonction publique et rentraient dans le fait de la charge, sur la foi d'une sentence contradictoire des requêtes de l'hôtel du 20 janvier 1771, qui avait condamné par corps l'ancien notaire Royer au remboursement d'un billet pour argent à placer (V. le *Dictionnaire des Arrêts*, mot *Notaire*, n° 37), et sur la réflexion de Brillon qui s'est écrié : *RATIO ! c'est une fonction publique. L'on se sert ordinairement du ministère des notaires pour placer de l'argent !* — Pour que la raison donnée par Brillon eût quelque puissance, il nous faudrait d'autres garants que lui, puisqu'on ne motivait ni les sentences ni les arrêts. On connaît le jugement de Camus sur les six volumes *in-folio* de cet auteur : *Mauvais livre; table nécessaire*. Aussi nous nous fions plus à une notice de faits que Brillon lui-même a jointe à sa citation dans le même n° 37. Cette notice constate qu'une pauvre femme avait confié 2,000 livres à Royer, pour les placer du temps qu'il était notaire; qu'il en avait donné un billet, que la créancière qu'il avait jouée par des renouvellements successifs, se résolut à le poursuivre, longtemps après qu'il fût tombé en déconfiture, séparé de biens d'avec sa femme; le prix de l'office distribué, ses immeubles en décret et absorbés par les créanciers. Nulle espérance pour elle qu'en la contrainte par corps, puisque le billet ne pouvait produire hypothèque que du jour de la reconnaissance en justice de la signature. — C'est donc une sentence d'espèce, de pitié et d'indignation, qui se justifie par les anciens principes sur le stellionat, qu'on définissait alors « tout genre de dol, de fraude et d'imposture qui n'a pas de nom particulier en droit (L. 3, § 1, ff., *Stellionatūs*) et dont on pouvait imaginer une infinité de cas (dit Pothier, *Procédure civile*, part. V, chap. 1^{er}.) — Aussi, est-elle restée dans l'oubli, et a paru si peu probante qu'aucun des recueils estimés du XVIII^e siècle n'a cru devoir s'en occuper, ni Rousseau-Lacombe, ni Denizart; ni Varicourt, son continuateur, ni les auteurs du Nouveau Denizart, ni Guyot ni Merlin!... Jousse dans son *Commentaire* sur l'ordonnance civile, Pothier, dans son *Traité de la procédure*, Aublet de Maubuy dans son *Traité des dépôts*, n'en ont pas parlé davantage. Une sentence ainsi dédaignée par l'élite des auteurs contemporains, ne peut donc rater la nouvelle doctrine à la jurisprudence ancienne.

XXI. Maintenant nous n'avons plus à répondre qu'à la dernière partie de la troisième objection fondée sur l'arrêt Aubertier, traduit par M. Troplong avec tant d'élégance et d'entraînement dans son n° 179 cité ci-dessus. Cet arrêt nous paraît avoir été le signal de la jurisprudence nouvelle. Nous répondrons en même temps à la quatrième objection, qui consiste à dire que nous ne tenons pas assez compte de la pratique des affaires, des habitudes du public et des exigences fondées des officiers.

Nous trouvons ici trois éléments qui sont également de droit public, et par conséquent également de droit étroit : la contrainte par corps impérative devant les tribunaux civils ; le droit privilégié sur le cautionnement ; la limitation des fonctions publiques, dont l'étendue est fixée par les lois d'institution des officiers.

XXII. Ce qui est contraint par corps au civil ne peut en rien être étendu. Tous, de part et d'autre, en conviennent.

Pourquoi donc faire dire à ceux qui sont de notre opinion « Ce n'est pas pour la restitution de ces dépôts que la loi « donne la voie *rigoureuse* de la contrainte par corps?... » Notre opinion naît de la loi telle qu'elle est faite, et non d'une injuste pitié pour le débiteur contre lequel on a d'ailleurs la voie criminelle pour violation du dépôt, ou d'abus de confiance comme mandataire. L'article 52 du Code pénal est certes assez puissant ! Pourquoi l'homme trompé ne l'emploie-t-il pas ? — Nous le savons. — Parce qu'il n'est pas vraiment *client* dans le sens fixé ci-dessus *chiffre XV in fine* ; parce qu'il ne veut pas que la déconfiture de son débiteur éclate avant que d'être payé, et qu'espérant l'être par l'effet d'une menace de la contrainte affirmative devant les tribunaux civils, il lui importe de ne pas prendre la voie criminelle, quoique plus rapide, qui donnerait sur-le-champ l'éveil au ministère public et amèterait les autres créanciers.

Pourquoi donc dire encore (n° 180) que pour l'application de la contrainte par corps, nous n'envisageons le notaire que comme dépositaire des titres ? C'est dénaturer notre pensée. Nous avons effectivement fait remarquer sous le *chiffre VII*, que le mot *notaire* ne s'était introduit dans l'article que par amendement, et qu'alors M. Réal n'avait parlé que de la restitution des titres. Mais nous n'avons jamais dit que les notaires

ne pouvaient pas être frappés de la contrainte par corps du § 7°, de l'article 2060 faute de restitution de deniers reçus pour le client. — Nous aurions eu tort, et fait preuve d'ignorance grossière, puisqu'à l'époque même de la publication du Code civil et par suite de la création des commissaires-priseurs à Paris par la loi du 27 ventôse an IX, tous les notaires (excepté dans l'enceinte de la ville de Paris) avaient le droit, en vertu des lois des 21-26 juillet 1790 et 17 septembre 1793, de faire les *ventes mobilières* concurremment avec les greffiers et les huissiers; et par conséquent, comme ils étaient tenus de les faire au comptant, ils en recevaient le prix **POUR LEURS CLIENTS par suite de leurs fonctions**; nous n'avons jamais dit que le notaire ne pouvait être obligé *ex officio* de recevoir d'avance du client même des deniers à placer, et nous nous plaisons à reconnaître que cela se rencontre quand, des deux clients, l'emprunteur exige que, pendant l'examen de ses titres, les deniers demeurent aux mains soit de son notaire, si l'acte doit être reçu devant deux notaires, soit aux mains du notaire commun aux deux parties, dans la crainte que le prêteur ne refuse ses fonds, quand le notaire aura reconnu que les sûretés sont régulièrement établies : car, dans ce cas, il s'opère effectivement un premier contrat verbal, à savoir une promesse réciproque par l'une des parties de faire le prêt; par l'autre, de l'accepter à la condition que le notaire du prêteur trouvera régulier le gage hypothécaire. — Dans ce cas, *les préliminaires sont faits entre les parties*; la fonction du notaire commence, les avances sont faites au notaire pour un acte déterminé et prêt à être passé, si le notaire, conseil du prêteur reconnaît que les sûretés offertes sont conformes à la convention préalable : il a donc reçu des deniers de son client pour l'utilité actuelle de ce client, *par suite de ses fonctions*.

XXIII. Le second élément qui ne peut être étendu, c'est le droit de privilège sur le cautionnement. « Ces cautionnements **ne** sont déposés que pour répondre des faits des officiers envers les particuliers *qui sont obligés*, **EX NECESSITATE OFFICII** « de recourir à leur ministère et de suivre la foi publique. » (M. TROPLONG, *Privilège*, n° 2102; n° 209.) — Pourquoi donc alors émettre une doctrine qui tendrait à multiplier les faits de charge sans nécessité, pour des faits qui ne peuvent être le plus souvent qu'une fraude contre les créanciers privilégiés?

Il est certain que sous le nom de *dépôts*, l'opinion contraire à la nôtre n'entend en rien *les dépôts proprement dits*, ni le séquestre conventionnel chez un notaire d'une somme d'argent consentie par acte ou sans acte. Il est trop clair que les dépôts proprement dits sont aujourd'hui encore en dehors de la question. Tout roule sur *le mandat* avec charge de placer par hypothèque; sur le mandat donné au notaire de faire un emploi plus ou moins déterminé des fonds qu'on laisse chez lui à l'instant d'un remboursement, en d'autres termes, sur *les billets de dépôts*; et la jurisprudence, qui s'épuise en distinctions subtiles pour déjouer la fraude, sera toujours dépassée en cette matière; car ces distinctions ne serviront qu'à mettre plus d'art dans la confection de ces billets. Ces billets sont la ressource des notaires dont les affaires personnelles s'embarrassent : aussi portent-ils presque toujours la promesse de payer des intérêts jusqu'à placement convenable; s'ils n'en portent pas, c'est que la jurisprudence ayant vu le signe du prêt dans la stipulation des intérêts, le prêteur les exige d'avance; si la jurisprudence refuse la contrainte impérative ou l'action sur le cautionnement quand le placement est indéterminé, on feindra dans le billet une affaire déterminée, comme dans l'espèce du notaire Roques d'Orbcastel (V. *chiffre IX, 9^o*), où le billet était produit quatre ans après sa date. — Ces billets, à cause de leur nature même, sont suspects, et souvent sont souscrits vers la fin de l'exercice du notaire, à la date même du prêt, pour arrêter des poursuites par l'espérance que conçoit le créancier d'avoir part au cautionnement.

Ils sont donc presque toujours une fraude relativement au cautionnement, et y font participer, contre le droit, les personnes qui, sur le fondement de tels billets, se seraient fait adjuger la contrainte par corps impérative pour rétention de deniers reçus par le notaire *par suite de ses fonctions*.

XXIV. Le troisième élément qui ne peut pas être étendu, c'est la fonction publique. On remarquera, avec la Cour de cassation (aff. Roques d'Orbcastel, *chiff. IX, 9^o*), que la caisse du notaire n'est pas celle d'un dépositaire public; que le notaire n'a donc pas reçu les deniers par suite de ses fonctions; qu'on ira toujours trop loin si l'on s'attache à la pratique notariale; qu'il y a une foule d'usages dans le notariat qui peuvent faire entrer chez le notaire des deniers qu'il reçoit pour son client, quoique cela

n'entre pas dans ses fonctions, mais parce que ces usages sont utiles pour retenir la clientèle, quoique le notaire n'en tire aucun profit particulier. Par exemple, combien de contrats de constitution d'hypothèque portent que les intérêts et même le remboursement du capital se feront en l'étude, et s'y font effectivement, sur les quittances provisoires du notaire ou de l'un de ses clercs, quelquefois même en vertu de pouvoirs dont un clerc est porteur. — Si un accident arrive, sera-ce *par une suite des fonctions* du notaire qu'il aura reçu ces deniers? Non, parce qu'aucune loi ne place pareille recette dans ses fonctions, comme aucune loi ne le charge d'ouvrir chez lui une caisse pour recevoir les dépôts à employer. Dans ces faits, tout est volontaire, et n'est ni suite ni conséquence des fonctions du notaire.

XXV. Quant aux usages, nous ne voulons ni les blâmer ni les réformer. Cette classe d'officiers est trop estimable pour qu'il y ait besoin d'en changer les usages. D'ailleurs, l'esprit de corps qui règne entre les notaires et la surveillance de leurs chambres de discipline sont de puissants préservatifs contre les accidents. Nous avouons donc que, dans l'usage, les notaires ont souvent les deniers entre leurs mains avant le placement; nous convenons qu'ils n'ont pas toujours tort de l'exiger, car il y a à se défier de la volonté des clients, et si celui qui veut aujourd'hui placer l'argent sur hypothèque le garde dans son coffre, peut-être le lendemain même du jour qu'il en aura parlé à son notaire en fera-t-il un autre emploi sans l'en prévenir. C'est donc une précaution sage de la part du notaire, non pas comme officier, mais *comme négociateur du prêt*. Nous allons plus loin. Dans les temps où l'argent abonde et les emprunts sont plus rares, les notaires aimeront mieux placer les deniers qui, chez eux, attendent un emploi, que les deniers promis. Tout cela est naturel; mais là n'est pas la question. Entre-t-il dans les fonctions du notaire d'être *négociateur entre le prêteur et l'emprunteur*? Le notaire le peut loyalement, comme tout homme de bien, mais cela n'est pas de ses fonctions; si peu de ses fonctions, que quelque peine qu'il se soit donnée pour la négociation ou l'entremise, ses honoraires n'augmenteront pas. Maintenant, demandons-nous si un notaire ferait une exception à l'usage en faveur d'un client élevé en dignité et méritant le respect par sa loyauté connue, ou d'un banquier notable qui, voulant placer sur hypothèque

une somme considérable, enverrait l'emprunteur en son étude pour y faire examiner si l'hypothèque est valablement assise, et répondons fermement que le notaire ne balancerait pas à les excepter de l'usage de l'étude, ou, si l'on veut, de l'usage du notariat : les deniers ne seraient versés qu'à l'instant de la signature, par l'intendant de l'un ou par le caissier de l'autre.

XXVI. S'il en est ainsi, concluons donc avec assurance que les billets de dépôts n'entraînent ni la contrainte par corps impérative de l'article 2060, § 7°, ni l'action sur le cautionnement, que du moment où l'emprunteur communique ses titres au notaire; qu'il en est de même quand le dépôt a été fait sans billet, ainsi que nous l'avons dit *chiffre XXIII, in fine*. Concluons-en encore que si les deniers ont été laissés au notaire après un remboursement, avec ordre au notaire d'employer ces fonds à payer plus tard et à des échéances assez éloignées les créanciers inscrits, ce dépôt est de la même nature que le mandat à charge d'un emploi déterminé : toute autre personne qu'un notaire pouvait se charger de la garde des fonds.

Nous pouvons donc faire maintenant l'application de notre doctrine à la pratique des affaires.

1° Il n'y a ni fait de charge, ni action sur le cautionnement, ni contrainte impérative civile résultant de notre § 7° de l'article 2060 pour refus par un notaire de restitution d'un vrai dépôt, ayant consisté à recevoir la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature au déposant ou à une personne indiquée pour le recevoir, dans les termes des articles 1915 et 1937 du Code Napoléon. — Ce dépôt est un acte de confiance volontaire. Il en serait de même si le notaire avait été chargé par deux personnes comme séquestre conventionnel. — V. ci-dessus, *chiffre XXIII*.

2° On n'a jamais compris ces dépôts proprement dits dans ceux qui peuvent donner lieu à la contrainte par corps civile. — Ce que l'on appelle *dépôts d'argent chez le notaire* consiste généralement dans la remise faite à un notaire des deniers d'un client et souvent de deniers successivement versés pour attendre le moment où le notaire aura trouvé un placement sûr pour le client. Pendant ce temps, la caisse du notaire n'est qu'une caisse d'épargne; et le refus de rendre n'entraînerait pas la contrainte de l'article 2060. — Dans la vérité, ce n'est qu'un versement aux mains d'un particulier en qui l'on a plus de con-

fiance qu'ep un autre, avec mandat de chercher un emploi, et d'en avertir le déposant, à moins que le client n'ait choisi un mandataire *dormant*, chargé de suivre les impulsions du notaire, auquel il a donné mandat verbal de faire tels placements qu'il trouvera convenables.

Dans tous ces cas et autres semblables, il n'y a pas lieu à l'application de l'article 2060, tant que le notaire n'a fait aucun acte de ses fonctions.

3° Si le notaire trouve un placement et l'effectue par acte où figure le client, en personne ou par mandataire, le refus de restitution du surplus ne tombera pas plus sous l'application de l'article 2060 que le total n'y tombait auparavant.

4° Si le notaire avait, soit sur des deniers qu'il gère, soit sur des deniers remis par le client à l'emprunteur pardevant lui, commencé un acte de son ministère qu'une circonstance l'eût empêché légalement de délivrer ces deniers, l'abus que le notaire aurait fait ensuite des mêmes deniers serait un fait de charge, qui entraînerait l'application de l'article 2060 et l'action sur le cautionnement.

5° Si par suite du remboursement d'un capital, ce capital reparaît par la volonté du client dans la gestion privée du notaire, l'analogie nous conduit à dire que le client n'aurait droit ni au cautionnement ni à l'application de l'article 2060, en cas de refus de restitution : car, les notaires n'ont pas été institués pour la gestion des affaires de leurs clients; et les deniers *mêmes à eux confiés dans la vue d'une destination future* pour actes de leur ministère, n'en sont pas moins confiés à de simples particuliers, ou, si l'on veut, à des caissiers responsables, puisqu'aucune loi ne met au nombre de leurs fonctions, le mandat salarié ou non salarié de garder des deniers jusqu'à un emploi déterminé.

Ce petit nombre de règles nous paraît suffire pour appliquer l'ancienne doctrine, qui s'efface graduellement et qui aboutira à détruire l'utilité des cautionnements.

XXVII. Nous ne parlerons pas des *vrais dépôts* faits aux mains du notaire : ils sont hors de cause; ni même des dépôts momentanés, par exemple, du dépôt des deniers dotaux, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration. Il est trop clair, que ce n'est pas *office notarial*, mais office de pure confiance.

Nous accordons (*chiffre XXII, 3^e alinéa*) que lorsque pour un prêt il n'y a qu'à examiner la validité des titres et l'état des hypothèques (car, en ce qui concerne la valeur des immeubles, c'est l'affaire des experts locaux), l'emprunteur peut exiger une garantie que le prêteur ne changera pas d'avis, et la meilleure est certainement le dépôt entre les mains du notaire chargé de dresser l'acte. — On ne connaît pas d'exemple d'abus dans ces termes-là; mais comme l'examen des titres est dans le devoir du notaire, la fonction du notaire a *commencé* envers les deux parties, comme celle de l'avoué a commencé quand le client lui fait des avances pour les frais de l'instance, comme celle de l'huissier quand on lui remet des deniers pour faire des offres réelles à un jour donné, commence cependant dès le jour de la réception des deniers par l'huissier; nous accordons même que lorsque les fonds à prêter ont été remis au notaire quelques jours avant les titres, quand l'emprunteur était dès lors personne déterminée, le notaire, prévenu du nom de l'emprunteur, a commencé ses fonctions relativement à l'affaire, et répond des deniers sous la double sanction de l'article 2060 et de l'action sur le cautionnement.

Nous avons donc (V. ci-dessus, 2^e chef, *chiffre III*) indiqué l'arrêt *Aubertier* comme contraire aux vrais principes, parce que le récit des faits et le texte de l'arrêt (V. Sirey, 1830, 2, 122) semblent établir qu'il ne s'agissait pas d'argent à placer sur les biens d'une personne déterminée, avec laquelle Aubertier eût un contrat à réaliser, sauf examen des titres et des hypothèques existantes. Les notaires ne sont pas agents de placements par leurs fonctions, et Aubertier pouvait, sur une sommation infructueuse de restituer, se pourvoir en police correctionnelle : il y aurait obtenu condamnation par corps en vertu de l'article 408 et de l'article 52 du Code pénal, mais sans droit sur le cautionnement. On dit, il est vrai, « Comment voulez-vous qu'il parvienne à faire un placement, s'il n'a pas entre ses mains les fonds du prêteur? » Nous répondons : En appelant la partie, quand il a trouvé un emprunteur. C'est tellement vrai, qu'il ne peut dresser le contrat qu'en présence de la partie ou de son mandataire.

Les mêmes raisons nous ont décidé contre l'arrêt Guérin (S., 1835, 2, 521), où il paraît aussi, à travers les termes de l'arrêt, que les fonds avaient été remis au notaire pour pro-

curer des placements non déterminés, et consistaient dans le recouvrement d'anciens fonds placés, et recouverts par le notaire au moyen d'une procuration donnée à un mandataire choisi par le notaire et contre lequel on n'agissait pas!... Et, à plus forte raison, contre l'arrêt Maine-Glatigny (S., 1835, 2, 101), dans l'espèce duquel le notaire avait été gérant d'une succession dans laquelle il avait recouvré 109,000 francs employés à ses propres affaires... En vain dit-on que tout cela est une suite des fonctions de notaire et de la confiance qu'elles inspirent. C'est une erreur, que nous croyons avoir démontrée, et que la Cour de Douai a démontrée plus fortement en matière de privilège (V. *chiffre IX*, 6°).

Mais nous n'avons jamais critiqué, quoi qu'on en ait dit, un arrêt de Douai du 29 mai 1839 (S., 1840, 2. 150), dont voici l'espèce : Un acte de prêt fut fait par M. Gossein devant M^r Bodin, notaire à Calais, au profit de plusieurs personnes, et comme certains biens des emprunteurs étaient grevés de 5,000 francs par hypothèque, les emprunteurs consentirent à ce que les 5,000 francs restassent aux mains du notaire Bodin, pour éteindre ces créances par subrogation au profit de Gossein, prêteur. L'acte portait que les actes subrogatifs seraient passés en l'étude, mais ne constate pas que les deniers fussent restés aux mains du notaire ; ils y sont entrés après coup. Le notaire n'a employé que 1,300 francs à l'une des subrogations, et Gossein a obtenu par arrêt la contrainte par corps contre le notaire qui avait abusé des 3,700 francs. Rien n'est plus juste, puisqu'il s'agissait là de la subrogation à requérir par les débiteurs de leurs créanciers, au moyen des deniers empruntés à cet effet. — Quoique le notaire ne soit pas ordinairement dépositaire *d'office*, il peut l'être pendant quelques jours pour un acte de son ministère ; et nous sommes même étonné que l'acte d'emprunt n'ait pas fait mention que les deniers resteraient aux mains du notaire, pour en être retirés s'il était nécessaire, par l'huissier des débiteurs, à l'effet d'en faire offres réelles aux créanciers et de les consigner à leur refus.

XXVIII. Nous avons dit plus haut (*chiffre XXVI*, 3° et 4°) que quand un notaire gère des placements dont il détient les fonds non officiellement, mais officieusement, et qu'effectivement il a fait un placement authentique d'une portion, cette seule portion suit les lois relatives aux notaires.

Or, il y a un cas où le notaire reçoit de son client pour l'utilité du client même, et se trouve avoir reçu du client pour l'utilité de son client *par suite de ses fonctions* : c'est quand il rédige un *acte à plusieurs dates*, parce que les parties ne sont pas toutes réunies à l'instant de la signature, et que l'acte ne peut être parfait qu'au jour où la dernière signature sera apposée. S'il s'agit par exemple d'un prêt, et que la femme de l'emprunteur y subroge le prêteur *dans son hypothèque légale*, ou consente à s'obliger solidairement avec son mari, ou à hypothéquer ses biens propres, l'acte ne sera parfait que par les trois signatures. Donc, si c'est le prêteur et l'emprunteur qui signent les premiers, l'acte aura constaté par sa rédaction tous les faits à accomplir, même le versement des deniers du prêteur à l'emprunteur : cependant le notaire gardera les deniers, pour le prêteur, si la femme garante refuse sa signature ; pour l'emprunteur, si la femme la donne. — Pendant ce temps, le notaire a véritablement reçu par suite de ses fonctions la somme à restituer à l'un ou à l'autre, selon que l'acte deviendrait parfait ou resterait imparfait.

C'est l'espèce de l'arrêt de la demoiselle Chapoteaux (V. ci-dessus, *chiffre IX*, 1^o) où il s'agissait de la question de savoir si elle avait le privilège sur le cautionnement, la femme s'étant refusé à souscrire la subrogation demandée. — Il eût dû en être de même, si elle avait requis la contrainte par corps, que la déconfiture du notaire Michaux rendait complètement illusoire. Il paraît que la cliente avait jusque-là ignoré que l'acte signé par elle n'avait jamais été parfait.

XXIX. Mais, à nos yeux, il n'en est pas de même de l'arrêt Dauchy, rendu par la Cour de Douai le 29 juillet 1854. C'est bien un simple mandat à charge d'emploi déterminé, que de laisser aux mains de quelqu'un une somme à l'effet de payer à l'échéance un créancier inscrit ; ce n'est pas fonction notariale. L'article 408 du Code pénal procurera la contrainte par corps, non l'article 2060, § 7^o.

XXX. Nous avons dit que quand le notaire gère les placements ou les paiements à faire par son client, la seule portion placée ou payée pour le client par des actes du ministère des notaires suivait les lois spéciales aux notaires, soit que le client ait comparu à l'acte, soit qu'il y ait été représenté par un mandataire *dormant* ; et de là nous avons tiré la conséquence

que le restant des fonds n'était soumis qu'au droit commun, ce qui est évident; et l'analogie nous a conduit à dire (*chiffre XXVI, 5°*) que si par suite d'un remboursement du capital géré, ce capital rentrait par la volonté du client dans la gestion privée du notaire, le client n'aurait plus, pour le refus de restitution, ni la contrainte par corps de l'article 2060, ni le recours au cautionnement : car, rien de ce qui est de *l'aptitude de droit commun* ne peut être soumis aux règles spéciales établies pour les actes de la fonction des notaires et autres officiers.

Et cependant la jurisprudence des arrêts s'écarte de cette règle, sous le prétexte que le client peut avoir eu des complaisances pour le notaire (ou autre officier), sans avoir eu l'intention de faire novation. C'est cette pensée qui a guidé les magistrats dans nombre d'affaires, notamment dans les arrêts *Maine-Clatigny, de Raigecourt, Dayen et Dauchy* (cités *chiffre II* de ce second chef), comme le lecteur s'en convaincra en lisant ces arrêts dans les recueils.

Pour nous, nous croyons sincèrement que cette pensée est une erreur. Les règles qui veulent que la novation, par substitution d'une dette à l'ancienne qui est éteinte (C. Nap., 1271), ne se présume pas et que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (C. N., 1274), sont une suite, une conséquence de l'article 1134, et de la règle que les conventions font loi entre les parties et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel; mais elles ne peuvent en rien être appliquées à la *contrainte impérative*. Voici pourquoi :

Les règles de la novation, conservatrices des conventions auxquelles on n'a pas renoncé en demandant une nouvelle obligation, qui n'éteindra la première que par son exécution, s'appliquent effectivement à tous les contrats qui ont un titre spécial dans le Code civil; c'est écrit dans l'article 1007 du Code civil.

Mais elles ne peuvent s'appliquer au titre de la *contrainte par corps*, au moins en ce qui touche la CONTRAINTE IMPÉRATIVE, parce que la *contrainte impérative* ne résulte ni de la convention ni de la volonté des parties : elle naît exclusivement de la loi; elle est une exception au système général de la liberté individuelle; elle est, non-seulement un moyen extraordinaire de coaction, mais elle est quasi une peine (V. *l'Exposé des motifs*);

en un mot, elle n'est pas un contrat. Donc, les règles générales des contrats ne s'y appliquent pas.

Au surplus, cette opinion porte à faux dans notre doctrine. Nous croyons avoir prouvé que l'article 2060, § 7°, ne s'applique pas aux deniers que les notaires peuvent avoir à placer ou à gérer, en attendant qu'un contrat ne se forme, et que les deniers expectants ne sont jamais en leurs mains qu'un acte de confiance de la part de ceux qui les y laissent; donc, ceux que le notaire reçoit de la confiance du client à l'instant d'un recouvrement, et qui rentrent en ses mains en attendant nouveau placement, suivent en général la condition de ceux que le client leur apporterait pour la première fois à garder jusqu'à occasion de placer, et sont deniers expectants. Donc, ils ne tombent pas davantage sous le coup de l'article 2060, § 7°. Donc, il faut sur ce point suivre l'analogie, et les considérer comme deniers reçus officieusement, non officiellement. COIN-DELISLE.

HISTOIRE

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ AVANT L'INVASION DES BARBARES.

Par M. MALAPERT,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

§ 1^{er}.

Préliminaire.

Cicéron s'est vanté plusieurs fois d'être toujours resté en bons termes avec les fermiers généraux, qui étaient les plus gros capitalistes et les plus riches financiers de son temps. Sa correspondance avec Atticus servirait au besoin tout entière à confirmer ses assertions. Je loue le grand orateur romain d'avoir allié cette bonne amitié avec les devoirs des hautes fonctions dont il fut revêtu : c'est un grand malheur que celui de se brouiller avec les hommes de finance, et pour ma part je n'en chercherais pas l'occasion; mais ce serait un malheur

plus grand de toujours louer leurs entreprises : ce serait flatterie et mauvaise action. Ainsi ce livre n'est pas l'œuvre d'un réformateur ; je ne suis point l'accusateur de ceux que l'on a désignés, dès avant notre siècle, sous le nom de *manieurs d'argent*. En s'en prenant à cette classe de citoyens, on peut fixer un instant les regards, on a l'air d'avoir du courage. En effet, c'est eux qui, depuis et même avant Solon, sont en possession de gouverner le monde. De ma part, des attaques seraient ridicules ou suspectes : je ne suis pas assez fort pour entreprendre le combat, et j'aurais l'air de mendier l'attention des puissants. Je mentirais d'ailleurs à mes convictions en m'élevant contre le commerce, même contre le commerce de l'argent et des valeurs qui représentent la monnaie : c'est par des opérations de banque que les grandes entreprises sont alimentées, et dès lors elles aident les progrès de la civilisation. Je ne blâme donc pas qu'on s'enrichisse, et, comme la nature ne m'a pas accordé la faculté d'envier la prospérité d'autrui, j'applaudis aux fortunes dont l'origine se trouve dans les services rendus, même rendus par le commerce.

Trois grands leviers ont été employés pour remuer le monde commercial. L'homme réduit à ses propres forces eût été incapable d'agir à distance, et son action aurait été bien limitée en la bornant chez lui au cercle où peut rayonner son activité personnelle. Supposez qu'au lieu d'être seul, un négociant puisse déléguer sa capacité à des commis, des mandataires ou des associés, sa force sera augmentée de toute *la valeur* de ses représentants. Ces trois formes de représentation sont les trois leviers dont la puissance semble n'avoir pas de limites et dont l'emploi a été le plus grand de tous les moyens de civilisation. On les distingue facilement : d'abord c'est l'action du maître exercée par un subordonné, ce qui, dans la langue du droit commercial moderne, est appelé la *préposition*, et dans le droit romain donnait naissance à l'action *institoria*. En second lieu, c'est le mandat donné par un commettant à un commissionnaire, et que notre droit commercial désigne sous le nom de *commission*.

Le troisième moyen employé par l'homme pour multiplier son action est la société dans laquelle les associés, à la fois maîtres et commis les uns des autres, sont en même temps mandants et mandataires.

L'histoire de ces trois contrats serait celle du commerce et

même de la civilisation. On ne pourrait traiter, par exemple, de la préposition sans parler des engagements contractés par l'esclave et le fils pour compte du père de famille. On pénétrerait ainsi dans les secrets du foyer domestique et de la législation qui règle les rapports des maîtres et des esclaves, ceux du père et des enfants. Par le mandat, autre point de vue, on serait appelé à donner les règles sur les différentes manières dont les obligations se formaient dans les temps primitifs.

Mais il faut m'imposer des limites. Tout le monde ne peut pas fournir une si longue carrière, et c'est déjà trop oser que d'esquisser une histoire abrégée du contrat de société.

Envisagé dans ses effets les plus apparents, ce contrat semble avoir été usité d'abord pour le commerce extérieur des peuples. Les caravanes, les voyages sur mer ont été le résultat de l'association. Les colonies qui peuplèrent notre vieille Europe étaient fondées par des compagnons liés par une communauté d'intérêts. Je sais bien que leur organisation était surtout une affaire politique, mais les relations, qui le plus souvent unirent la métropole et ses filles, en créant des relations à longues distances, furent l'occasion de nombreuses sociétés.

Bien que l'histoire de ces colonies ne soit pas, à proprement parler, de notre sujet, on nous pardonnera de rappeler la charmante légende à laquelle leur établissement donna lieu. Le colon était personnifié, sous le nom d'EUXÈNE, l'hôte heureux. Il arrivait sur une plage inconnue le jour où la fille du roi devait choisir un époux parmi les princes voisins, assis à un banquet donné par le père. Euxène était invité à prendre place à ce banquet homérique en sa qualité de chef d'un peuple. A la fin du repas, la princesse se présentait, tenant à la main une coupe d'or qu'elle devait offrir à celui dont elle voulait faire son époux. Ses vêtements convenaient à son éclatante beauté; sa timidité était la marque de son innocence. Troublée par les dieux protecteurs des étrangers, elle faisait, avec ses compagnes, plusieurs fois le tour des convives, et, blessée d'un amour subit et invincible; elle s'arrêtait près d'Euxène, lui présentait la coupe et l'épousait. Le gendre du roi succédait ensuite à son beau-père, mêlant les deux populations heureuses sous un prince doué de toutes les vertus, comblé de toutes les faveurs du ciel.

Ainsi, disait-on, avait été fondée Marseille, colonie des Pho-

céens unis à des Gaulois. Je répète pourtant que c'était la légende commune aux colonies maritimes.

Je ne parlerai pas des colonies romaines, appelées dans l'antiquité le printemps sacré, ni de celles que plus tard Rome envoya, comme des garnisons, dans les pays dont la soumission lui était suspecte; je serais entraîné trop loin. Jamais l'esprit d'aventure n'a abandonné les hommes, et, à toutes les époques de l'histoire, on peut signaler de ces associations de compagnons, réunis sous un chef, pour conquérir des terres et du butin dans des pays réputés barbares ou dont la conquête semblait légitime.

Mais j'aurai plus tard, dans cet ordre d'idées, à parler des grandes compagnies, moitié commerciales, moitié politiques, formées dans notre pays aux XVII^e et XVIII^e siècles pour s'emparer de l'Asie, de l'Afrique et de l'Amérique. Elles nous montrent des exemples de la société autorisée par le gouvernement, et si mal appelé de nos jours société anonyme.

Les voyages de long cours sont le moyen d'obtenir des richesses inconnues. Ils nous donnent l'or, les diamants, les vases et les tissus précieux; ils mettent en rapport les cinq parties du globe, facilitent le progrès de la civilisation. Les économistes les plus convaincus subissent eux-mêmes le prestige de ces lointaines odyssées. On est entraîné malgré soi par le récit des souffrances et des résurrections des navigateurs. Si tous n'ont pas accumulé les richesses de Sindbad le Marin, tous peignent le bonheur qu'ils ont eu dans le calme après la tempête, dans l'agitation après le calme. L'esprit le plus ferme hésite à trouver, dans ces élans, la contre-partie de douleurs inénarrables: ainsi les récits des illustres voyageurs, Cartier, Bethencourt, Wallis, Cook, Byron, Carteret, Bougainville, Dumont d'Urville, enflamment les jeunes imaginations et préparent pour la marine des sujets capables et dévoués.

Qui de nous n'a subi le charme de ces descriptions de la terre des tropiques avec ses grands végétaux et ses pachydermes puissants?

Ce prestige explique l'importance exagérée que l'on donne au commerce lointain. On ne remarque pas assez que les produits indigènes sont chez tous, que les produits exotiques ont, au contraire, une consommation limitée. Dans une ferme, par exemple, hors le coton des vêtements presque inconnu il y a

moins d'un siècle, quelques épices, un peu de café peut-être, tout le reste, pain, vin, légumes, viande, laine, bois, fer, etc., vient de France, c'est-à-dire du pays. Le pavé des halles de Paris se couvre, chaque matin, de plus de denrées que n'en apportent, en même temps, les vaisseaux du Havre et de Marseille. Ainsi j'essayerai de ne pas me laisser éblouir et de rester dans le vrai, autant du moins qu'il est donné à un homme de le faire.

Il suit de là que mes plus longues explications devraient porter sur les sociétés que la vie ordinaire engendre chaque jour. Il n'en sera pas tout à fait ainsi, parce que les lois n'ont pas subi de grandes modifications en ce qui touche ces sociétés. L'éclat se trouve de l'autre côté, où fut le plus grand péril et où l'on rencontre les résultats les plus étranges.

Peut-être aurais-je dû m'abstenir d'écrire cette histoire, déjà faite par M. le premier président Troplong, dans un style dont seul il a le secret. Je sais qu'il y aurait folie de ma part à tenter une lutte de science et d'art avec cet incomparable écrivain. Il m'a semblé pourtant qu'il y avait quelques épaves à recueillir après lui.

Il m'a paru que l'on pouvait se demander si le cadre de M. Troplong était complet, si certaines parties ne laissaient pas à désirer, enfin si l'on ne pouvait pas mettre en doute quelques explications du maître.

Telles sont les impressions auxquelles j'ai cédé en prenant la plume. Puissé-je, sinon résoudre toutes les difficultés, du moins signaler les principales; c'est toute mon ambition.

§ 2.

Du contrat de société. — Premières origines.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun pour en tirer des bénéfices. Je place cette définition en tête de mon travail, parce qu'en le circonscrivant elle me permettra cependant, soit transitoirement, soit par élimination, de parler des associations diverses que l'histoire des hommes nous peut présenter.

En tant que dérivant d'une association, la société trouve sa base dans les plus purs instincts de la nature humaine. Felicius, qui a fait un livre intitulé *TRACTATUS DE COMMUNIONE IN SOCIETATE*,

remarque que l'homme est plus sociable que toutes les abeilles et tous les animaux susceptibles de se réunir en troupeau. La plupart des auteurs modernes ont cité les écrivains grecs ou latins à l'appui de cette vérité plus claire que le jour et hors de toute contestation. Il est évident qu'avec les instincts dont il est doué, l'homme a toujours recherché ses semblables.

Je ne m'occuperai pas davantage de la première des sociétés particulières, de la plus simple et la plus naturelle : le mariage, que la Bible nous dit être l'œuvre du Créateur, et que les Romains ont défini la communauté d'existence de l'homme et de la femme, la communication entre eux de toute la vie et des droits divin et humain ; je ne m'occuperai même pas des conventions pécuniaires entre les époux, qui sont réglées par les lois civiles, dans l'intérêt des époux qui forment une famille nouvelle, et dans celui des familles dont ils sont issus. Les études sur ce point sont dignes du philosophe et du jurisconsulte. Mais ce n'est pas notre sujet, le but unique des époux est de confondre leur existence, afin de trouver le bonheur.

Notre contrat, moins nécessaire que le mariage, doit cependant être contemporain des premiers âges du monde. Si nous voulions imiter les célèbres savants qui, tels que Huet et Pardessus, ont écrit sur le commerce des anciens, nous dirions que la société a été pratiquée avant l'époque du déluge. Hénoch, la Bible l'enseigne, avait alors bâti les premières villes ; Tubalcaïn avait ouvert et exploité les mines : un homme seul était incapable de suffire à de pareilles œuvres.

Les découvertes modernes nous apprennent que, plus de quatre mille ans avant nous, il existait des villes bâties au milieu des lacs de la Suisse ; on y façonnait les coraux de la Méditerranée, l'ambre de la Baltique. Le commerce unissait donc déjà toutes les parties de l'Europe, et ce ne sera pas une témérité que de supposer l'existence de sociétés de chasseurs et de pêcheurs qui voyageaient en échangeant les produits de leur industrie, afin de rapporter dans leurs demeures les choses rares et précieuses dont on a retrouvé les traces.

La Bible nous a laissé le souvenir de diverses associations formées près des temps diluviens. Bien qu'elles ne rentrent pas tout à fait dans notre cadre, nous ne pouvons les passer sous silence. Nous laisserons cependant de côté la réunion d'hommes

qui tenta d'ériger la tour de Babel, et nous arriverons de suite à l'association d'Abraham et de Loth pour leur défense mutuelle. Comme leurs troupeaux paissaient séparément, et que les bénéfices n'étaient pas mis en commun, ce n'était point une société de l'espèce de celles qui ont été caractérisées par notre définition.

Si Jacob, époux de Lia et de Rachel, a servi Laban pendant sept années pour avoir part au croît des troupeaux, ce n'était pas une société, mais bien un louage d'industrie, voisin de notre contrat, qui pourtant s'en différencie aux yeux du jurisconsulte.

Ce ne sera pas trop hasarder que de croire à l'existence d'une société bien caractérisée entre les marchands auxquels Joseph fut vendu par ses frères. Sans doute ils s'associaient pour résister aux dangers que présentait la traversée du désert, mais leur commerce de parfums et d'objets de luxe signale, et c'est une idée sur laquelle je reviendrai, une civilisation déjà vicieuse, dans laquelle le droit avait dû se développer suffisamment pour que ce qu'il appelle *société* y ait été connu.

Si l'on consulte les institutions de Moïse, on sera tenté de donner le nom de *société*, dans le sens où nous l'entendons, à cette nation des Israélites, qui, répandue dans la terre de Chanaan, jouissait d'un territoire commun pour en tirer les fruits nécessaires à la vie. Mais là encore les bénéfices ne se partageaient pas; il n'y avait qu'une communauté pour la propriété du fonds : la jouissance, la perception des fruits était individuelle.

Sans sortir de la Palestine, nous trouvons une sorte de société plus caractérisée, qui comprenait tous les biens présents et à venir : je veux parler des Esséniens, sur lesquels il faut entendre dom Calmet :

« La secte des Esséniens est peut-être la plus ancienne de celles qui étaient connues chez les Juifs, supposé que ce sont eux qui sont nommés Assidécens dans les livres des Machabées. Ils faisaient profession d'une vie plus parfaite, plus pénitente, plus retirée que les autres sectes des Juifs. Ils n'entraient point dans les emplois du gouvernement, et ne se mêlaient que des affaires de leur secte et de leur observance. Ils vivent entre eux dans une très-grande union, dit Josèphe. Ils ont horreur de la volupté comme d'un poison dangereux. Ils s'étudient à une

exacte continence et à résister à l'attrait du plaisir. Ils ne s'engagent point dans le mariage, mais ils élèvent les enfants des autres comme s'ils étaient à eux, et leur inspirent de bonne heure leur esprit et leurs maximes. Ce n'est pas qu'ils aient horreur du mariage et le croient défendu; mais ils ont pour principe que l'on doit toujours être en garde contre l'intempérance et contre l'infidélité des femmes. Ils méprisent les richesses et possèdent tout en commun, sans que l'un soit plus riche que l'autre. C'est parmi eux une loi inviolable de renoncer à la propriété de tout bien, et de mettre dans la société tout ce qu'ils possèdent. Ainsi ils vivent comme frères dans une parfaite égalité. »

Il est inutile d'en dire plus long. Ce que nous avons copié montre que les Esséniens formaient une société dans laquelle les biens étaient en commun, afin d'en recueillir les fruits. Nous voyons encore dans cette secte une égalité et une fraternité que divers jurisconsultes signalent avec complaisance dans les sociétés dont parlent les livres du droit romain.

Nous ne quitterons point les livres saints sans mentionner les sociétés des premiers chrétiens; mais les détails nous manquent sur les règles et l'administration de ces communautés.

Remarquons ici que les apôtres et les Esséniens ne cherchaient pas les bénéfices comme premier but de l'association. Leurs sociétés étaient faites en vue de la vie future plus que pour l'existence de ce monde. Nous abuserions donc de la patience de nos lecteurs en nous appesantissant sur l'histoire de ces sortes de sociétés.

Si maintenant nous nous enfonçons dans l'Orient au temps de Manou, antérieur au peuplement de l'Europe, et qui pourtant nous montre le régime des castes comme établi depuis des siècles, nous trouverons que le contrat de société était déjà connu. Mais les associés ne suivaient point la loi de l'égalité et de la fraternité. Les partages de bénéfices se réglaient sur la condition des parties; aussi est-ce de ce pays que nous vient la fable du Lion en société avec la génisse, la chèvre et la brebis.

Passons à d'autres contrées, ou plutôt revenons en Syrie, où nous allons trouver les Phéniciens.

Malheureusement les Juifs n'ont été que momentanément navigateurs aux temps de David et de Salomon. Leurs flottes,

unies alors à celles des Phéniciens et des Arabes, ont parcouru les mers de l'Orient, au moins dans le golfe Persique. Leurs caravanes se rendaient à cette mer en traversant l'Arabie, et c'est ainsi qu'elles se trouvèrent en communication avec la reine de Saba et qu'elles enflammèrent son imagination au point de l'exciter à se rendre à Jérusalem, devenue la capitale d'Orient.

La révolte des dix tribus, qui sépara les enfants de Jacob en deux peuples distincts, les Israélites et les Juifs, rendit le sceptre des mers aux Phéniciens.

Tout le monde sait que les flottes de Tyr couvraient les mers. Les Tyriens de la première et de la seconde Tyr n'avaient pas d'autres moyens d'existence que de cultiver la Méditerranée et de se faire les entremetteurs des peuples : aussi furent-ils les premiers commerçants dont l'action s'étendit de la Baltique au Gange. Pour aller en Occident, ils n'avaient qu'à déployer leurs voiles et suivre les vagues ; tout était ouvert devant eux. Mais pour atteindre au pays de la porcelaine, de la soie, du cachemire ou des diamants, il fallut allier la marche dans le désert et la navigation vers les plages les plus lointaines. Les Phéniciens y arrivaient, puisqu'ils fournissaient le monde d'aromates et de précieux vêtements, en même temps qu'ils vendaient leurs verreries et leurs laines teintes deux fois dans la pourpre. L'industrie et le commerce avaient grandi chez eux presque au même niveau. C'est d'eux qu'Abraham avait reçu les bracelets et les pendants d'oreilles qu'il envoya par Éliézer en Mésopotamie, et que celui-ci offrit à Rébecca. On croit même qu'Abraham s'était servi de monnaie dans ses transactions.

Quand on se prend à contempler les grandes choses qui se faisaient déjà, que l'on se rend compte de l'état de certains arts, de certaines sciences aux premiers temps de l'histoire, on est conduit à dire, malgré soi, que devant notre civilisation il dut y en avoir une autre, très-avancée, dont les souvenirs ont été le fonds commun des premiers peuples de l'Occident. Quoi qu'il en soit, ce que nous venons de raconter sur les Phéniciens prouve que le contrat de société devait être pratiqué dans leur empire. Nous en dirons autant des Carthaginois, des Rhodiens et de toutes les nations plus ou moins colonies ou alliées de la superbe Tyr. Malheureusement leurs lois sont perdues, et toute dissertation ne donnerait que des conjectures.

Le commerce ne peut pas être bien considérable s'il est fait par un homme seul; la navigation lointaine est d'ailleurs un acte pour lequel le concours de plusieurs est indispensable. C'est donc dans les pays maritimes que nous aurions pu trouver le plus d'éléments sur les *sociétés*, si ces pays n'avaient pas été ravagés, puis absorbés par la puissance romaine.

La Grèce, où nous nous placerons maintenant, nous a laissé plus de légendes que de lois. Nous placerons dans la première catégorie la société formée entre les Argonautes pour la conquête de la toison d'or. Les mises furent ce que coûta la construction et le grément du navire; elles consistèrent encore dans le courage et la force de certains des héros unis pour l'entreprise. Le profit devait être la toison d'or.

Hercule et ses compagnons divers se sont associés pour faire des conquêtes parfois; de bonnes actions, toujours. Thésée et Pirithoüs semblent avoir été plus intéressés. Agamemnon et les rois ses alliés n'avaient qu'une communauté d'intérêts. Cependant on peut donner le nom de *société* aux conventions que plusieurs d'entre eux faisaient pour conquérir du butin. Ulysse et Diomède en avaient contracté une pour aller prendre les chevaux de Rhésus.

Qu'on ne s'étonne pas de nous voir parler de ces associations des héros. Bodin, dans sa *République*, liv. III, chap. 7, est allé encore plus loin, car il a mentionné les sociétés formées pour le brigandage et la rapine. Il s'exprime ainsi : « Le plus grand point d'honneur et de vertu qui fust entre les premiers hommes, dit Plutarque, estoit de massacrer, tuer, ruiner les hommes ou les rendre esclaves. Aussi nous lisons dans Thucydide qu'il se fesoit mesme en toute la Grèce, un peu auparavant son aage; auquel temps le brigandage n'estoit point méprisé. Et quand on rencontroit quelques voyageurs, allans par mer ou par terre, la première chose qu'on faisoit, dit le mesme antheur, devant qu'approcher, c'estoit demander les uns aux autres : Estes vous brigands, Messieurs? Et mesme Platon et Aristote ont mis entre les espèces de chasse le brigandage; comme aussi les Hébreux qui appellent les grands voleurs puissants veneurs, tel que fut Nemroth; à quoy il semble que la loy de Solon, qui a fait des corps et des collèges, a eu égard quand il permet généralement toutes sortes de collèges et de communautés, mesme à ceux

qui præduntur, *Ἐπὶ λείπων ὀχόμενοι* : pourvu que ce ne fust point envers les sujets. »

L'état de civilisation, constaté par les plus anciens poètes, suffirait pour nous faire décider que le contrat de société existait dans la plus haute antiquité. Ainsi cela résulterait des notions précieuses qu'Homère nous a laissées. Les métaux, d'après ses poèmes, étaient arrachés des entrailles de la terre, façonnés de toutes les manières. Sans parler du bouclier d'Achille et des autres armes forgées par Vulcain, nous pouvons citer les bas-reliefs de bronze, incrustés dans le marbre, qui entouraient, dans l'île des Phéaciens, la cour où le roi Alcinoüs réunissait les sages de son royaume. Pour en arriver à ce degré d'industrie, les hommes avaient certainement appris à combiner leurs forces dans une pensée commune.

Il résulte de ce qui précède, comme nous l'avons déjà dit, que le contrat de société a dû être connu à une époque contemporaine des premiers pas de la civilisation, puisque toutes les légendes nous montrent des associations d'individus agissant dans un même intérêt.

Nous ne savons pas davantage quand le contrat de change, les agissements des banquiers ont été inventés. Si nous avons à cet égard des notions plus précises, nous pourrions y trouver des renseignements sur notre matière, parce que les banquiers ont toujours été dans l'usage de former des sociétés pour opérer dans plusieurs lieux simultanément. Nous disons que les opérations de banque sont aussi très-anciennes. Citons l'écrit donné par Tobie à son fils, pour réclamer de Gabélus l'argent que celui-ci devait, et dont le recouvrement fut opéré par l'ange Raphael. Cet acte, s'il n'était pas une lettre de change, en a du moins l'apparence.

Nous savons que la banque et la société furent usitées dans Athènes, ville de commerce maritime. Nous en trouvons notamment la preuve dans les plaidoyers de Démosthènes contre Phormion et contre Callipe. Phormion avait emprunté vingt mines de Chrysispe; l'acte constatant le prêt avait été déposé chez le banquier Cittus; Demosthènes raconte dans sa plaidoirie que Chrysispe avait son fils et un associé dans le Bosphore. Lycon d'Héraclée (c'est le second plaidoyer que nous avons cité) avait, avant de partir pour la Libye, déposé une somme d'argent à la banque de Pasion, son correspondant.

Cette somme devait être comptée par Pasion à Céphisiade de Scyros, associé de Lycon, à qui elle fut payée par Phormion, affranchi de Pasion ; mais Callippe prétendait que le paiement avait été mal fait et qu'il avait droit d'en exiger un second. Nous trouverons dans ce discours des éléments sur les pratiques de la banque, bien curieux pour le commerce. C'était alors la coutume de tous les banquiers, lorsqu'un particulier remettait chez eux de l'argent, pour le verser à une autre personne, de porter sur leurs registres, outre la somme reçue et le nom du déposant, le nom de la personne à qui elle devait être comptée. La mention du registre de Pasion était ainsi conçue : « LYCON D'HÉRACLÉE, à remettre 640 drachmes à Céphisiade, qui sera représenté par Archibiade. »

Ainsi, en suivant pas à pas les notions qui nous restent sur les Athéniens, nous trouverions que le contrat de société était en grand honneur chez eux. Ils s'associaient, comme nous l'avons dit, pour le commerce, évidemment pour le commerce du change et de la banque, pour l'armement des navires, la ferme des impôts et, ce nous semble, pour l'industrie. Les Grecs ont d'ailleurs connu ces sociétés importantes, qu'on appelle, chez nous, des corporations de métiers. Ils en avaient donné l'exemple aux Romains.

Mais nous avons hâte d'arriver à Rome, la mère de nos législations occidentales.

§ 3.

Le contrat de société à Rome. — Polybe ; Paul ; Gaius.

Rome nous a laissé un ensemble complet de législation, où sont traitées toutes les relations des citoyens entre eux ou des citoyens avec l'État. Le dernier aspect a été presque toujours méconnu par les jurisconsultes modernes, et il me paraît que M. Troplong l'a trop négligé. En effet, les sociétés ont été de deux espèces à Rome. L'une avait une personnalité juridique, proclamée par le Sénat, connue de tous, comme les actes législatifs. Les biens de cette première espèce de société étaient distincts de ceux des associés. Elle avait une personnalité capable d'ester en justice ; elle était l'analogue de notre société si mal désignée sous le nom de société anonyme. Pothier, M. Duvergier et M. Troplong n'ont pas assez insisté sur cette forme

reconnue par le droit romain. L'autre société n'avait et ne pouvait avoir d'effet qu'entre les associés. Les tiers n'avaient pas à s'en préoccuper; tous leurs droits étaient concentrés sur l'associé qui avait contracté avec eux. Ils ne pouvaient agir contre les autres. Ainsi le Préteur n'a pas inventé d'action pour les tiers contre les associés, à raison de la société, ni pour ces derniers contre les tiers. La seule action inscrite dans le Digeste pour les faits de société est restreinte entre les associés, et n'en sort jamais. Elle était à cause de cela dite *pro socio*. Nous allons rechercher la démonstration de ces prémisses, ce qui nous permettra de voir, sous un jour tout nouveau, certaines institutions oubliées.

POLYBE nous apprend que de son temps il y avait des sociétés de publicains pour la ferme et la perception des impôts dus à la république romaine. Il parle de l'immense pouvoir du Sénat sur ces sociétés qu'il autorisait et dissolvait, auxquelles il pouvait accorder une diminution de prix de leur bail, ou même une remise totale. Ce pouvoir d'octroyer une remise me paraît n'avoir jamais été contesté en principe, pas même par ceux qui en ont quelquefois critiqué l'application. Ainsi, lorsque dans une circonstance mémorable les publicains, adjudicataires de la levée des impôts en Asie, demandèrent à être dégrevés d'une partie de leur dette, Caton, leur adversaire, n'invoqua que la sainteté des contrats et les droits sacrés du Trésor. Il l'emporta par ces raisons contre Cicéron et César, défenseurs de la *société d'Asie*; ce fut un malheur pour lui. César était consul, et après la séance il fit arrêter Caton.

Il y avait à Rome de grandes compagnies pour toutes les grandes entreprises, telles que fournitures de vivres et munitions aux armées, fournitures de blé pour la ville, exploitation des mines ou des salines, enfin pour tout ce qui avait une importance réelle.

En même temps les métiers furent enregimentés dans des collèges ou corporations, dès l'époque la plus reculée. Généralement on attribue cette organisation à Numa, qui aurait établi ces corporations dans un but politique. Les changeurs ou banquiers (car les mêmes personnes faisaient toutes les opérations, qui sont aujourd'hui divisées entre ces deux branches d'industrie) auraient été, d'après Denys d'Halycarnasse, antérieurs au premier des Tarquins, puisque cet auteur lui attri-

buait l'érection des boutiques d'Argentiers autour du Forum. Si ce fait est douteux, au moins trouvons-nous ces banquiers au temps de la guerre des Samnites; car au jour du triomphe le général vainqueur orna la façade de leurs comptoirs, dans le Forum, avec les boucliers dorés des vaincus.

Je rapproche ces collèges ou corporations des sociétés de publicains et des autres du même genre, parce que nous aurons occasion de remarquer que des lois identiques les régissaient. Ainsi, et je le prouverai, les corporations et les sociétés appelées aujourd'hui sociétés anonymes n'avaient pas, dans ce temps-là, des lois différentes.

Notre principale source sur les sociétés en droit romain sera le Digeste, puis les Codes de Théodose et de Justinien, toutes autorités un peu trop négligées dans le travail de M. Troplong, où l'érudition étincelle d'un éclat inaccoutumé chez les juristes; mais le fond est-il vrai? Voilà la question.

Il ne faut jamais perdre de vue que Rome connaissait deux sortes de sociétés, l'une formant une personne civile et l'autre n'ayant d'effet qu'entre les associés eux-mêmes. Ainsi nous trouvons, en dehors du Digeste, deux textes que le temps a épargnés dans les écrits dont les débris sont venus jusqu'à nous, mais qui ne se rapportent qu'aux sociétés privées, ne formant pas une personne juridique.

C'est d'abord le jurisconsulte PAUL, qui a dit dans ses Sentences, *lib. II, tit. 16, Pro socio* : « *Sicut lucrum ita et damnum inter socios communicatur, nisi quid culpâ socii vel fraude eversum sit.* » Paul ne va pas plus loin, le partage des bénéfices et des pertes l'occupe seul; quant aux tiers, il n'en parle pas.

Gaius dans ses Institutes (liv. III, du § 148 au § 154), — si tant est que les commentaires publiés sous ce titre appartiennent à Gaius, ce que je ne crois pas, — Gaius n'a de même parlé que des rapports des associés entre eux, et par conséquent que des sociétés entre personnes privées. Il parle des modes divers que peut prendre l'association objet de la société, des apports, de la liberté de considérer la personnalité de l'un des associés comme une mise suffisante, de l'inégalité des parts conventionnelles, de l'égalité à défaut de conventions; de la faculté de renonciation, quand la société n'a pas de terme fixé; de sa dissolution par la mort d'un associé, par son

changement d'état, par la vente publique de ses biens.

Les anciens jurisconsultes n'ont donc réglé les sociétés privées qu'entre les associés, et non à l'égard des tiers.

§ 4.

Causes pour lesquelles on ne parlait pas des tiers.

Il était de principe que l'on ne pouvait traiter que pour soi, sans jamais engager autrui, ce que nous aurons occasion de rappeler plus loin en parlant des opinions de Balde et de Cujas, qu'on a osé invoquer pour prouver que la société entre particuliers formait une personne juridique en dehors des associés.

Les sociétés entre particuliers étaient alors faites pour les personnes plutôt que pour les biens. Elles étaient la conséquence d'une vive amitié, sentiment que les anciens ont mieux connu qu'on ne l'a fait au temps moderne. C'est qu'en effet les relations des hommes entre eux étaient bien plus fréquentes qu'elles ne le sont aujourd'hui. Les fêtes des peuples, des tribus, des familles réunissaient les concitoyens des diverses classes à des banquets périodiques où l'amitié se resserrait. On y parlait de projets et d'affaires, et l'on y formait de ces liaisons intimes où chacun brûlait de montrer son zèle pour ses amis. Ces hommes se dévouaient les uns pour les autres; ils sacrifiaient volontiers à leurs amitiés leur fortune, leur liberté, leur existence.

Nous pourrions rappeler ici les dialogues de Platon sur ce sujet : les récits des orateurs et des poètes nous donneraient encore les exemples fameux d'Oreste et de Pylade, de Damon et de Pythias, de Nisus et d'Euryale. Jamais le moyen âge n'a rien produit de semblable, car les mystiques rêveurs des temps de la scolastique aimaient à s'abstraire du monde, pour courir après une perfection individuelle et absolue, dégagée de tous les biens terrestres; je m'étonne toujours de lire dans des ouvrages sérieux que le paganisme était en arrière des siècles postérieurs sur toutes les questions morales. On oublie, quand on tient un pareil langage, les Spartiates des Thermopyles, le dévouement de Curtius, l'exaltation, en un mot, des sentiments patriotiques, qui plaçaient la patrie si fort au-dessus de l'individu.

Je crois donc que le contrat de société, plus fréquent chez les

anciens qu'il ne le fut à une époque plus récente, était aussi bien apprécié des païens que des chrétiens du moyen âge. En effet, lorsqu'un auteur païen a eu à traiter des douceurs de la vie commune, il l'a mieux fait que qui que ce soit. Écoutons Cicéron célébrant la société qui naît des mêmes goûts littéraires : « Rien n'est plus aimable et plus associant, *copulativus*, que la similitude des bonnes mœurs. Ceux qui ont les mêmes études ont les mêmes volontés; il leur arrive de se réjouir, chacun, plus dans autrui que dans eux-mêmes; et enfin, comme Pythagore le demandait dans l'amitié, un seul être est formé de plusieurs. »

Nous pourrions ajouter à cette citation le livre entier du même auteur, intitulé *De amicitia*.

Ce n'était pas à Rome seulement que l'on avait un tel respect pour l'amitié. Les Celtes, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, surpassaient les Romains. Voici ce qu'a dit César en nous parlant des Gaulois : « Il y a de telles alliances que ceux qui en font partie jouissent ensemble, pendant la vie, de tous les avantages des chefs à l'amitié desquels ils se sont dévoués. Mais s'il arrive malheur à ces derniers, ou ils partagent la même fortune, ou ils se donnent la mort. Et il n'y a pas d'exemple qu'il s'en soit jamais trouvé un seul qui, son ami étant tué, ait refusé de mourir aussi. »

Cette amitié s'est un peu continuée, dans la chevalerie, entre ceux qui étaient dits frères d'armes; c'était la suite et l'imitation de ces associations que César vient de nous montrer. Pour rendre à chacun ce qui lui appartient, il faut dire que le dévouement de l'homme à sa famille et à sa patrie, a été le grand idéal du paganisme.

Nous avons dit que l'amitié était, chez les anciens, le premier mobile des sociétés particulières; c'est pour cela qu'Ulpien y voyait quelque chose de la fraternité (L. 63, pr., ff., *Pro socio*).

Écoutons encore Quintilien : « C'est une chose sainte et une certaine fraternité que la conjonction des biens; le hasard peut faire des participants du même sort; mais quand deux hommes ont mis en commun toute leur fortune, ont mêlé toutes leurs chances, ils forment une certaine unité; qu'y a-t-il de plus juste que de soumettre ce patrimoine à une règle unique? Vous voyez donc que dans la société, c'est-à-dire dans l'unité, les

pertes et les gains doivent être en commun, et qu'il n'y a rien de plus juste pour l'une ou l'autre des parties.

Et cette fraternité des associés avait un sens étendu à la communauté des plaisirs et des douleurs. Ainsi les anciens avaient, dans la société, recherché une communauté de sentiments, capable d'unir les personnes; le mélange des biens n'était qu'une conséquence.

Quoi qu'il en soit, cette société n'avait d'effet qu'entre les associés; les tiers ne s'en préoccupaient pas; ils poursuivaient celui qui avait traité avec eux, sans tenir compte des associés de leur obligé.

§ 5.

Ce que le Digeste nous donne sur la société.

On sait que le Digeste a été composé sur le plan qu'avait adopté le Préteur pour la rédaction de son édit. Nous rappelons ce fait, parce que nous nous en aiderons dans nos recherches.

Nous rencontrons d'abord, et cela au milieu des explications données sur les personnes capables d'ester en justice, le titre 4 du livre III du Digeste, placé de suite après le titre *De procuratoribus et defensoribus*; il est intitulé *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra.....* Nous parlerons de ce titre plus tard, et il résultera de notre étude qu'il ne tient en rien aux sociétés particulières dont il est parlé au titre *Pro socio*, le seul qui s'applique aux sociétés privées, c'est-à-dire qui n'ont pas besoin de l'autorité publique pour exister licitement.

Le titre *Pro socio* est, par la place qu'il occupe, le second dont nous avons à parler. Ces mots *Pro socio* doivent être, comme les autres rubriques, empruntés à l'édit du Préteur. Ce titre est le deuxième du livre XVII des Pandectes. Il est à peu près consacré tout entier aux engagements des associés dans les sociétés entre particuliers, et à l'unique action qu'ils peuvent avoir les uns contre les autres.

Le troisième titre du Digeste où il est question des sociétés est celui qui est intitulé *De publicanis et vectigalibus et commissis*, placé le quatrième du livre XXXIX. Après ce que nous avons dit sur les associations des fermiers des impôts, nous n'avons point à insister pour montrer que le titre s'y rapporte.

Ajoutons que si son intitulé est pris textuellement, comme cela doit être, de l'édit du Préteur, nous n'avons pas exactement et complètement le passage auquel il a été emprunté.

Le quatrième titre dont nous avons à parler est le troisième du livre XL du Digeste. Nous n'avons non plus le texte de l'édit auquel on a emprunté son intitulé, qui est : *De manumissionibus quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*. Il est certain qu'il se rapporte aux affranchissements faits par les sociétés autorisées et non aux affranchissements qui pourraient être faits par des associés qui ne constitueraient pas une universalité.

Le cinquième et dernier titre dont il faut étudier les dispositions pour connaître le mécanisme des sociétés publiques dans le monde romain, est placé le douzième du livre XLVII et est intitulé *De collegiis et corporibus*. Ce dernier, comme les titres 1° *De manumissionibus*, 2° *De publicanis*, 3° *Quod cujuscumque*, est tout entier consacré aux sociétés qui avaient besoin d'être autorisées pour exister légalement.

Le titre *Pro socio* est donc à part, et il suffit, par exemple, de lire les explications qu'en donne GÉRARD NOODT et de se reporter à son travail sur ce qu'il a dit à propos du titre *Quod cujuscumque*, pour comprendre la différence que nous voulons montrer. Nous répondra-t-on que Gérard Noodt a vieilli et qu'on a changé les anciennes interprétations ? Si l'on tenait ce langage, nous opposerions à nos adversaires l'opinion d'un moderne, que, dans leur insouciance du passé, ils ont trop souvent pris pour un novateur.

SAVIGNY, dans son *Traité du droit romain*, a parlé longuement des personnes juridiques, et n'a rangé dans cette catégorie, en fait de sociétés, que celles qui avaient été autorisées par le gouvernement à composer un corps ou un collège. Cependant l'étendue de son travail lui aurait commandé d'y faire entrer les sociétés privées, si telle eût été son intention, ou du moins s'il eût cru que c'était la saine entente de la loi. Mais il s'en est bien gardé, et il les a tout à fait passées sous silence, négligeant de les élaguer, ce qui aurait suffi pour ramener à la vérité les esprits judicieux.

Pourtant, et à cause de la méconnaissance des vrais principes, je répéterai de nouveau qu'il y avait à Rome deux sortes de sociétés tout à fait distinctes. L'une, entre deux ou plusieurs

personnes, resserrée dans des limites nettement définies, n'ayant pas d'existence légale, indépendante des associés et ne constituant pas un être civil, n'était pas une personnalité juridique, capable de droits et soumise à des devoirs.

Cette société était cependant très-usitée. Tantôt elle s'appliquait à toute la fortune des associés et comprenait tous leurs biens, nous l'avons vu dans le prétendu Gaius; tantôt elle ne portait que sur une seule opération. Citons la société du célèbre Roscius avec le maître de l'esclave Panurge, formée pour exploiter les talents scéniques de cet esclave. Citons encore la société de deux cultivateurs mettant ensemble leurs chevaux de labour pour en former un quadrige. Si nous faisons ici une énumération complète, nous devrions parler de la société contractée pour une espèce de négoce, *unius negociationis*, ayant pour objet l'achat et la vente d'un certain genre de marchandises, et qui renferme les bénéfices et les pertes résultant exclusivement de ce commerce (L. 52, § 1, ff., *Pro socio*), puis encore de la société qui se renferme dans une seule opération, la vente d'une pierre précieuse.

Nous avons hâte de quitter ce terrain exploré pour arriver aux autres sociétés auxquelles on a donné indifféremment les noms de *collegium*, *universitas*, *corpus*, *societas*, ce dernier mot pris dans notre sens spécial. Toutes étaient soumises à l'autorisation de l'administration publique, et nous devons les ranger sur la même ligne. Il serait très-difficile de démêler d'ailleurs quelque dissemblance entre les différentes appellations, sinon quant à leur agissement, du moins quant aux principes qui les régissent.

§ 6.

Des sociétés ayant une personne juridique en droit romain.

C'est ici surtout que la vaste érudition de M. Troplong nous serait utile pour rechercher l'histoire de ces corporations ou sociétés autorisées. Sigonius, dans son traité *De antiquo jure Romanorum*, Burmann dans son traité *De vectigalibus*, Bouchaud dans un mémoire lu, en 1767, à l'Académie des inscriptions et belles-lettres, s'en sont fort occupés en ce qui touche les sociétés des publicains, que j'ai appelées sociétés de fermiers généraux et qui prenaient à bail les impôts des provinces

romaines. J'ai dit quelques mots à ce sujet en citant Polybe. On se rappelle qu'avant de m'arrêter au droit romain, j'ai indiqué que les mêmes sociétés existaient à Athènes. Pour en rester à Rome, les lettres de Cicéron, certains de ses plaidoyers, ses pamphlets contre Verrès, l'histoire de Tite-Live et les œuvres de Tacite nous fourniraient des renseignements anecdotiques plus ou moins curieux sur ces sociétés, dont parlent encore beaucoup d'auteurs, entre lesquels il faut mettre Valère-Maxime. La source la plus féconde est cependant le *Corpus juris civilis*; là les lois se succèdent et nous font assister à la formation, à l'agissement et à la fin des sociétés autorisées. Ceci dit, nous allons essayer d'exposer notre sujet.

ROME n'avait pas de règle générale applicable à toutes les provinces; chacune avait son organisation particulière, et la plupart conservaient la direction de leurs propres affaires. La CHARTRE qui réglait leurs rapports avec Rome était appelée *Formula* et fixait les redevances de toute espèce, que la province devait payer à la métropole; en même temps elle contenait tout ce qui était utile pour bien préciser les rapports des deux pays. Un grand dignitaire, général d'armée au temps de la république, sans troupes souvent aux temps de l'empire, après avoir été éprouvé dans les plus hautes magistratures, allait, en sortant de fonction, tenir sa Cour dans la province que le sort lui désignait. Il réunissait tous les pouvoirs dans sa main et autant celui de veiller au maintien de l'ordre, que la charge de rendre la justice. Ce que nous entendons aujourd'hui par le mot d'*administration* semble avoir été étranger au *proconsul* ou au *propréteur*; les cités réglaient elles-mêmes les détails de leur vie, et le principal devoir du délégué de Rome était de surveiller la levée des troupes auxiliaires et la rentrée des impôts. Des autres choses il ne s'en mêlait pas, ou bien, pour éviter un examen trop approfondi, il s'en lavait les mains et laissait faire.

Ordinairement les tributs à payer étaient recouvrables en nature, ce qui n'en rendait pas le transport commode; d'un autre côté, il était préférable pour le gouvernement d'avoir de l'argent dont il disposait, suivant les besoins variés de l'administration publique. C'est pour cela qu'il autorisa, comme nous l'avons dit, la formation de grandes compagnies appelées *corps, collèges, universités* ou du nom général de sociétés.

Pour la ferme des impôts, les compagnies furent composées de chevaliers romains, qui, par là, grandirent en importance et arrivèrent à former un ordre dans l'État, entre les patriciens et la plèbe. Les sociétés de publicains ne pouvaient se former sans une autorisation du Sénat, et c'était un crime, pour les sujets de Rome, que de se réunir en sociétés ou corporations sans y avoir été régulièrement autorisés. Pour premier acte, les sociétés de publicains venaient aux enchères, où la ferme des impôts était publiquement adjudgée. L'un des associés désigné dans les textes sous les noms d'*Auctor* ou de *Manceps*, quoique les significations de ces deux mots aient souvent varié, devenait adjudicataire pour la compagnie; après cela tous les intéressés, ou au moins les deux tiers d'entre eux, se réunissaient, et l'on procédait à l'élection des diverses personnes qui devaient avoir des fonctions dans la société. Le gérant se nommait président, maître ou syndic, *præses, magister, syndicus vel addictus*. Les membres de la société étaient appelés publicains, soit parce que le mode d'adjudication de la ferme était dit *publicari*, soit parce que les publicains étaient les débiteurs du trésor public.

Nous compléterons ce tableau en rappelant que les sociétés de publicains, telles qu'elles sont mentionnées dans l'histoire, avaient pour but d'abord la perception des impôts dans les provinces, puis l'exploitation des mines d'or, d'argent ou de sel, en un mot toutes les entreprises pour lesquelles il fallait avoir une délégation de la souveraineté et des droits de l'État.

Non-seulement le Sénat autorisait la formation de ces compagnies, mais encore il exerçait sur elles une surveillance incessante. L'importance des capitaux engagés et du personnel en faisait des corps sur lesquels l'autorité devait avoir les yeux, dans l'intérêt de l'ordre politique, tout autant que pour empêcher les malversations et les exactions. Nous avons vu que l'intervention du Sénat pouvait aller jusqu'à abaisser la redevance, que, dans la chaleur des enchères, les publicains avaient portée trop haut. Nous avons cité l'exemple de la discussion qui eut lieu entre Caton, César et Cicéron, sur la remise sollicitée par la *compagnie d'Asie*, qui se plaignait de ne pouvoir payer, parce que les provinces dont elle avait la ferme ne s'étaient pas relevées des ravages de Mithridate.

Les compagnies devinrent toutes-puissantes ; bientôt elles gouvernèrent la république ; leur révolte contre le Sénat fit l'empire. Néron, les ayant attaquées, s'attira des inimitiés implacables qui lui ont survécu.

Il nous serait facile de nous étendre beaucoup sur ces fermiers généraux, mais ce serait tout sacrifier à un exemple et préférer la littérature à la jurisprudence. Notre méthode est sans doute moins agréable, mais on nous pardonnera de revenir au droit, qui est ou doit être LA MORALE FORMULÉE EN RÈGLES PRATIQUES, l'étude constante de notre vie.

A l'exemple des sociétés de publicains et des corporations de métiers instituées à Rome, on avait formé un nombre considérable d'associations pareilles, éparses sur tout le territoire de l'empire. Elles n'offraient plus l'importance qu'elles avaient eue lorsque Sylla les avait dissoutes, ni quand, plus tard, elles furent reformées par Clodius ; mais leur création et leur surveillance étaient toujours un droit que l'autorité ne voulait pas abdiquer.

Il y en eut pour le culte religieux, devenues plus tard sociétés de secours et appelées *sodalitia* pour les métiers, *collegia*, *corpora* ; pour certains corps de troupes. Enfin, les communautés d'habitants, cités, cantons, bourgs ou villages, formaient à leur tour des corporations qu'on appelait *municipes*, *municipia*, et de divers autres noms. Et comme les cités gauloises s'étaient modelées, autant qu'elles l'avaient pu, sur la métropole ; comme d'une autre part il y avait dans les Gaules un grand nombre de colonies, images de Rome, on peut dire que ces cités avaient adopté l'organisation politique de l'Italie. Nous ne croyons donc pas nous tromper en reportant à l'époque de César l'existence, dans les Gaules, de certaines corporations qui se sont perpétuées jusqu'à l'époque justement fameuse du 4 août 1789.

§ 7.

Exposé technique de la législation romaine sur les sociétés personnes juridiques.

Les collèges, *collegia*, ainsi nommés dit la glose, *quia simul colliguntur*, devaient être d'abord autorisés ; c'est un point sur lequel nous insistons.

Il était donc défendu à tous les citoyens de faire aucun col-

lège ou société sans y avoir été autorisés, conformément à la loi (L. 1, ff., *Quod cujuscumque univers*).

Par conséquent tout collège était réputé illicite, s'il n'était prouvé licite (L. 1, § *fn.*, ff., *De offic. præf. urb.*).

Et les collèges illicites devaient être dissous par l'autorité (L. 3, ff. *De collegiis et corporibus*).

Ceux qui avaient formé des corporations étaient punis de la même peine que s'ils avaient occupé, en armes, les places publiques et les temples (L. 2, ff., *Cod.*).

La glose, un peu moins sévère, permettait plus tard d'appliquer l'exil à quelques-uns des coupables, tandis que les autres devaient subir le dernier supplice.

On distinguait pourtant entre les collèges illicites ceux qui avaient un but honorable. Alors le magistrat se contentait de dissoudre la société; même il accordait aux associés la faculté de reprendre leurs mises et de les répartir entre eux (L. 3, ff., *De collegiis*).

Les corporations ou compagnies qui existaient à Rome étaient donc celles dont le Sénat ou les constitutions des princes avaient autorisé la formation, telles que celles des publicains, des panetiers ou boulangers et des nautonniers (L. 1, § 1, ff., *Quod cujuscumque*).

Cette désignation n'est donnée que comme exemple, ainsi que l'indication de la ville de Rome. En effet, les collèges devaient être approuvés, quel que fût leur nom et où qu'ils fussent situés, ceux des bourgs ou villages comme ceux des grandes villes.

Les lois n'avaient point fixé combien il fallait de membres pour faire une corporation. On tenait qu'il suffisait de trois personnes pour commencer (L. 85, ff., *De V. S.*).

Une seule suffisait pour l'empêcher de périr (L. 38, § 2, ff., *De leg.*, 3°).

Ce survivant conservait l'existence de la corporation et pouvait être poursuivi pour les dettes communes (L. 7, § 2, ff., *Quod cujuscumque*).

La même personne ne pouvait faire partie de plusieurs sociétés ou corporations. C'est pourquoi s'il arrivait, par succession ou autrement, qu'un individu déjà membre d'une compagnie ou d'un collège vint à recueillir une part dans une autre corporation, on lui donnait le droit de choisir la société dont il vou-

lait continuer à faire partie, et il pouvait prendre sa part dans celle qu'il quittait (L. 1, § *fin.*, ff., *De collegiis*).

Il n'était pas indispensable que les personnes qui se présentaient pour faire une corporation fussent *des gens de qualité*. On y recevait même des esclaves avec l'assentiment de leurs maîtres, si leur servilité ne répugnait pas à la nature du collège (L. 3, § *ult.*, ff., *De collegiis et corporibus*).

Nous avons parlé des sociétés religieuses appelées *sodalitia*; on les prohibait en général, parce qu'elles avaient dégénéré de leur but. Elles étaient permises cependant aux gens de basse condition, lorsqu'elles étaient créées en vue d'actes de bienfaisance. Elles ne pouvaient se réunir plus d'une fois par mois (L. 1, ff., *De collegiis*).

Le mot *sodalitia* semble donc être devenu synonyme de société de secours; mais, pour lever toute équivoque, on décidait que les sociétés religieuses pouvaient aussi être autorisées, pourvu qu'elles ne fussent pas formées malgré les sénatus-consultes et pour feindre frauduleusement un but religieux, alors que les associés en cherchaient un autre (même loi et la glose *Illicita* sur cette loi).

Toutes ces corporations étaient à Rome sous la surveillance du préfet de la ville (L. 1, § *fin.*, *De off. præfecti urb.*). C'est pourquoi nous ne nous étonnerons pas de voir plus tard qu'en France, sous saint Louis, celles de la capitale du royaume se sont trouvées soumises au prévôt de Paris.

Nous avons déjà dit que le président des corporations, collèges, universités ou sociétés autorisées était le plus souvent appelé syndic; nous le rappelons ici pour que notre travail soit complet (même loi 1, ff., *De off. præf. urb.*).

Ce président devait donner un cautionnement en entrant en fonctions (L. 14, *Cod. de mutilegulis*).

Lorsque la société avait été autorisée, que les membres en avaient été déterminés, on procédait à leur immatriculation, ce qui était fait par un employé appelé *immatriculator*. Celui-ci dressait les listes et y inscrivait en lettres rouges, à l'aide du *minium*, le nom des associés. Telle est l'explication de la glose.

Ceux qui n'étaient pas immatriculés perdaient le privilège d'être jugés par les chefs de leur corporation, à qui juridiction avait été accordée (Glos. 2, in L. 3, *Cod. de off. mag. milit.*).

La liste sur laquelle les noms étaient inscrits se nommait matricule (L. 16, *Cod., De testam. milit.*).

Enfin l'inscription sur la liste ne prouvait pas que l'on appartenait à la corporation, il fallait encore avoir été nommé (L. 10, ff., *De decur.*).

Si après avoir été régulièrement agréé et inscrit, on ne prenait aucune part aux actes du collège, on perdait tous les droits que donnait la qualité de membre de la société. Si c'était une corporation de gens de métier, le non-exercice de la profession faisait aussi, malgré l'inscription sur la liste, perdre les privilèges attachés à la qualité de membre du collège.

Les offices étaient électifs et donnés à la majorité des voix. Pour qu'une élection fût valable, il fallait que les deux tiers au moins des membres y eussent concouru. Et alors l'élection était aussi valable que si toute la société y avait pris part. Les élus pouvaient être comptés pour former les deux tiers, et leur élection était valable, quoiqu'ils eussent pris part au vote (L. 4, ff., *Quod cujuscumque*).

Les voix se comptaient par tête. Si le père et le fils étaient membres du même collège, ils pouvaient voter l'un pour l'autre ou l'un contre l'autre, parce qu'ils étaient là comme membres d'une corporation et avec des droits égaux. Ils n'étaient plus considérés dans leurs rapports de parenté (L. 5 et L. 6, ff., *Quod cujuscumque*).

Les corporations avaient le droit de faire des statuts ou règlements obligatoires, pourvu que ces statuts ou règlements eussent été rédigés conformément aux lois générales (L. 3, ff., *De collegiis*).

Le collège ne changeait pas parce que les membres changeaient ou mouraient. L'individualité du collège et la personnalité n'en étaient pas diminuées (L. 7, § 2, ff., *Quod cujuscumque*).

Une société de ce genre ne mourait donc pas avec un ou plusieurs associés; elle ne souffrait pas de leur diminution de tête.

Ces corporations avaient, à l'exemple de la république romaine, leur caisse commune, leurs biens communs et un représentant (L. 1, § ff., *Quod cujuscumque*).

Les biens des associés étaient distincts de ceux de la société et il n'y avait pas confusion entre ceux de la société et ceux

des associés. Par exemple, l'esclave de la société n'était pas l'esclave de chaque associé ou de l'un d'entre eux. C'est pourquoi si quelque chose était dû à une société autorisée, cela n'était pas dû aux membres de la société, qui, à leur tour, n'étaient pas débiteurs de ce que devait la société (L. 7, ff., *Quod cujuscumque*).

Et la glose, appliquant ces principes aux choses de son temps, enseignait que le vassal d'un collège ou d'une communauté n'était pas le vassal de chacun des membres du collège.

Cette distinction faisait que l'on ne pouvait poursuivre les associés pour les dettes de la société, ni la société pour les dettes des associés.

Enfin un associé pouvait contracter valablement avec le collège ou l'universalité dont il était un des membres.

On ne rendait pas les corporations solidaires des actions criminelles des associés. Chacun d'eux était seul responsable de ses délits, à moins qu'il n'y eût complicité. La glose sur la loi 7, ff., *Quod cujuscumque*, entre dans quelques détails sur les faits qui peuvent établir la complicité de la corporation. C'est, par exemple, s'il s'agit d'une communauté d'habitants, l'appel aux armes fait par la cloche de l'hôtel de ville, mise en branle sur l'ordre des officiers municipaux.

Ainsi les corporations, distinctes des membres qui les composaient, formaient de véritables personnes juridiques auxquelles appartenaient les droits qu'aurait eus une personne naturelle. Elles pouvaient, par leurs représentants, leurs présposés, leurs esclaves, acquérir une possession, posséder, prescrire par usucapion (L. 1, § 32, ff., *De adquir. poss.*; L. 7, § 3, ff., *Ad exhib.*).

Elles recueillaient des successions et des legs, et pouvaient être tenues, comme les autres héritiers ou légataires, de faire addition d'hérédité.

Ces corporations avaient un droit de préférence sur le fisc pour recueillir les successions de leurs membres décédés sans testament et sans héritiers légitimes (LL. *divers. Cod.*, *De hered.*, *De cur.*).

Les trois lois, réunies sous le titre *De manumissionibus quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*, nous enseignent, la première, que les sociétés autorisées pouvaient affranchir leurs esclaves; la seconde, que la succession de ces

affranchis appartenait à ces sociétés, comme elle aurait appartenue à des patrons ordinaires; enfin la troisième statue sur ce qui devait advenir du pécule des esclaves affranchis.

Le gérant représentait la société conformément aux statuts, ou, suivant les cas, comme l'avait décidé l'assemblée de la société.

A l'égard des corporations proprement dites, on disait que le gérant ou syndic les représentait suivant l'usage des lieux (L. 6, § 1, *in fine*, ff., *Quod cujuscumque*).

Ce que les gérants avaient fait était donc réputé l'avoir été par leurs collègues (même loi, § 1, *in princ.*).

Le gérant qui avait agi dans la limite de ses pouvoirs n'était pas tenu personnellement de l'exécution de l'obligation (L. 9, ff., *Ratam rem haberi*).

Mais, bien qu'il eût traité dans la limite de ses pouvoirs, si le contrat n'avait pas tourné au profit de la société, celle-ci n'était pas engagée. S'agissait-il d'un emprunt, la société n'était tenue que si la somme empruntée lui avait profité (glos. *in L. civitas* 27, ff., *De rebus credit.*).

Nous avons vu que les universités, corporations ou autres sociétés ayant une personne juridique pouvaient poursuivre ou être poursuivies en justice. Le titre *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* est tout entier consacré à l'exercice de ces actions. Il en résulte que les gérants ou syndics étaient les représentants légaux de leurs compagnies; mais que s'ils refusaient ou négligeaient de se présenter, toute personne, après une mise en demeure au gérant, était autorisée à défendre la société.

Dans le cas où le gérant ni personne ne se présentait pour défendre, l'adversaire de la société avait le droit de demander au magistrat de désigner quelqu'un qui deviendrait un contradicteur légitime. Avant de déférer à cette réquisition, le magistrat enjoignait à la corporation de nommer un représentant des intérêts sociaux.

J'ai dit que toute personne était admise à défendre une société autorisée; cela doit s'entendre en ce sens que la contradiction émanant de tout autre que du gérant, maître ou syndic, ne pouvait pas nuire aux droits du collège, lequel était réputé défaillant tant qu'il n'avait pas été défendu par un représentant ayant qualité.

Ces collèges, nous l'avons indiqué, avaient une discipline intérieure ; dans quelques-uns le pouvoir des gérants était considérable. Ceux-ci jugeaient au civil les contestations des associés entre eux, et ils avaient encore une juridiction répressive (L. *fn.*, *Cod.*, *De jurisdict. omn. judic.*). Cette juridiction a persisté longtemps dans certains pays, car nous la trouvons au temps de saint Louis, attachée au titre de grand panetier, et elle n'a cessé qu'avec la suppression de la corporation des talemelliers ou panetiers.

Cette juridiction paternelle était un privilège très-recherché ; mais on ne pouvait pas l'invoquer si l'on ne remplissait pas les charges qui dérivait du titre de sociétaire.

S'agissait-il, par exemple, d'une corporation d'artisans, celui qui cessait d'exercer son art perdait le droit d'être jugé par le maître ou syndic de la corporation et rentrait sous la juridiction commune (L. 5, § 12, ff., *De jure immunitatis*).

Tels sont les résultats généraux que nous donne le droit romain sur les sociétés autorisées, qui, puissantes dans tous les temps et surtout à l'époque de la République, ont dominé l'univers Romain.

J'ai laissé en dehors de mon travail les lois propres aux communautés d'habitants ; c'est que les cités, bourgs ou villages doivent être surtout envisagés au point de vue administratif. Cependant ces communautés avaient des biens, des dettes et des créances. La plus cruelle de leurs charges était le payement de l'impôt, recouvrable par la voie solidaire sur tous les membres du conseil municipal et par suite sur tous les habitants. Entrer dans des détails à cet égard, ce serait empiéter sur l'histoire de l'administration proprement dite ; cependant nous aurons besoin d'en dire quelques mots lorsque nous parlerons des sociétés taisibles du moyen âge.

§ 8.

Des sociétés dont il est question au titre du Digeste intitulé *Pro socio*.
Ces sociétés ne formaient pas un être moral.

Le long paragraphe qui précède a eu pour but de bien établir que les Romains avaient connu la société autorisée, anonyme quant aux personnes, mais désignée par son objet. Cette société était un être moral ayant des allures toutes différentes de la

société entre les particuliers. J'aurais peut-être pu me contenter d'établir que les lois, dont on veut faire dériver que les sociétés privées sont des personnes juridiques, se rapportaient aux collèges ou corporations. Il m'a semblé que l'oubli, pour ne pas dire la méconnaissance absolue, de ces collèges avait entraîné nos devanciers dans des erreurs capitales.

En effet, sans le travail du paragraphe précédent, j'aurais en vain affirmé, avec tous les bons interprètes du corps des lois romaines, la séparation entre les diverses espèces de sociétés, et l'on aurait eu peine à comprendre ma dissertation. Je crois en avoir maintenant fixé les bases d'une manière assez solide pour que les fausses interprétations ne soient pas possibles. Ainsi admettons que le paragraphe sur les sociétés autorisées n'ait pas été écrit, et que je sois en face de la loi 9, § 1, ff., *Quod metus causâ*, l'une de celles que l'on m'oppose pour dire que les sociétés ordinaires formaient des personnes juridiques, je ne pourrais pas me contenter de dire que le mot *société* qui s'y trouve se rapporte aux sociétés autorisées; ce serait une allégation inintelligible. Il me suffit de l'énoncer maintenant ici pour être compris. En effet, Ulpien a énuméré dans ce texte les personnes qui peuvent avoir été victimes de la violence, et c'est alors qu'il parle des sociétés. Évidemment il ne s'agit pas là d'une société privée, mais bien d'une universalité reconnue, ayant une personne juridique. Telles sont une cité, un municipe, une corporation, une société de publicains.

Pendant il importe un peu d'étudier le titre *Pro socio*, sauf à examiner ensuite les arguments de nos adversaires.

Les mots *pro socio*, empruntés à l'édit du préteur, ne devaient pas se rencontrer dans une phrase contenant à la fois les droits des associés et ceux des tiers contre les associés ou contre la société. Ces deux mots n'ont pas pu se rapporter à d'autres actions ou obligations qu'à celles des associés entre eux : avouons, comme nous l'avons fait précédemment, que le texte de la phrase d'où ces deux mots ont été détachés ne nous est pas parvenu; par conséquent ce que nous venons d'écrire n'est encore qu'une conjecture. Nous disons que nous n'avons pas la phrase où l'on a pris les mots *pro socio*, et en effet on ne rencontre pas ces expressions dans ce qui semble avoir été emprunté, pour notre titre, au texte même de l'édit, bien qu'ils paraissent avoir été la rubrique sous laquelle les jurisconsultes,

comme Paul dans ses Sentences, avaient traité des sociétés privées.

Quoi qu'il en soit, divers auteurs se sont efforcés de reconstituer l'édit. Ranchin, dont le travail est reproduit en tête des Pandectes de Pothier, l'avait ainsi rétabli : *Si societas coita esse dicetur de eâ re judicium dabo*. Cette formule générale ne blessera certainement personne, puisqu'elle ne tranche aucune question. Elle n'est qu'une sorte de principe général, indiscutable à tous les points de vue. Mais c'est un principe que Ranchin croyait avoir déduit des règles sur la société que le préteur devait avoir posées, sans que ni les textes ni les analogies l'aient suffisamment autorisé à supposer que le préteur l'avait exprimé de cette manière. Ainsi, malgré notre respect pour cet illustre maître, nous nous séparons de lui.

Gérard Noodt nous a donné l'exemple de ne pas accepter la rédaction de Ranchin. C'est que Gérard Noodt ne hasardait jamais un mot. Ferme sur son sujet, maître des principes du droit et nourri de la plus saine érudition, ce grand homme a, nous le croyons, retrouvé les termes employés par le préteur : *Si societas coita esse dicetur, quod pro socio communiterve gestum erit de eo judicium dabo*.

C'est qu'en effet Ranchin avait oublié que l'intitulé de tous les titres du Digeste avait été textuellement emprunté à l'édit du préteur, de telle façon que refaire la phrase de l'édit, sans y placer l'intitulé connu, devait probablement amener une inexactitude.

La rédaction que je préfère est donc bonne, en apparence au moins. Elle me semble d'autant meilleure qu'elle renferme l'action *pro socio* entre les associés, comme le font les lois 63, 65 et 84 de notre titre, et comme l'enseignent tous les bons auteurs.

« Cette action, disait Gérard Noodt, est appelée *pro socio* ; elle est directe pour les deux parties et n'est contraire pour aucune d'elles (§ 2, *Inst. de pœna temerè litigantium*). La cause de tous les associés est égale, c'est pour cela que la rubrique du titre *Pro socio* n'ajoute pas *vel contra*. Elle est donc donnée à l'associé contre son coassocié, à l'héritier contre son cohéritier. »

Il semble absurde de prétendre que cette action a pu appartenir aux tiers et leur donner des droits, ou contre les asso-

ciés, ou sur la masse des biens appartenant à la société.

En effet, notre action ne s'étend pas à tous les biens du débiteur, comme pour les dettes ordinaires. Par égard pour la fraternité sociale, elle ne permet d'accorder que ce que peuvent payer les débiteurs : *Non vult prætor socium ultrà quam facere possit condemnari : causâ tamen cognitâ*. C'est que, comme nous l'avons énoncé d'après Ulpien, *societas jus quoddam fraternitatis in se habet* (L. 63, pr., ff., *Pro socio*).

Ainsi il est démontré que les tiers n'avaient pas l'action *pro socio*, et, comme le droit romain n'en a jamais donné aux créanciers pour qu'ils puissent agir contre les associés avec qui ils n'ont pas traité, ou contre les biens dépendant de la société, nous dirons que la société ne formait point un être moral dans la jurisprudence romaine.

Pour soutenir le contraire, on a invoqué des lois diverses, dont les principales sont :

1° La loi 22, ff., *De fidejussoribus et mandatoribus*, ainsi conçue : *Mortuo reo promittendi et antè aditam hereditatem fidejussor accipi potest ; quia hæreditas personæ vice fungitur sicuti municipium et decuria et societas*. Donner ici au mot *societas* le sens de société privée paraît juger la question par la question.

2° La loi 3, § 4, ff., *De bonorum possessionibus* qui porte : *A municipibus et societatibus, et decuriis, et corporibus, bonorum possessio adquiri possit*. Il ne faut pas dire qu'il y a là une sorte de distinction entre les sociétés et les corporations, parce que cette distinction n'existe pas. L'énumération de l'auteur a eu pour but d'embrasser toutes les personnes juridiques, et il devait y parler de sociétés autorisées, qu'elles fussent ou non appelées sociétés ou corporations.

3° La loi 65, § 14, ff., *Pro socio*, où on lit : *Si communis pecunia penes aliquem socium sit, et alicujus sociorum quid absit, cum eo solum agendum, penès quam ea pecunia sit : quâ deductâ, de relicto quod cuique debeat, omnes agere possent*. Il est évident que ce texte ne juge pas notre question contre nous, et nous passons.

4° et 5° On nous oppose encore les lois 5 et 59, ff., *Pro socio* ; il est vrai qu'on évite d'en donner le texte ou l'espèce. Or la première parle des sociétés que l'on peut contracter, et ne s'explique pas du tout sur le point de savoir si les sociétés

privées sont ou non des personnes juridiques; la seconde, relative à la dissolution des sociétés par la mort de l'un des associés, décide que cette société n'atteint pas les sociétés pour la ferme des impôts. Si le lecteur a suivi nos explications, il comprend déjà que la distinction écrite dans la loi 59 a été faite par nous depuis le commencement de cette discussion.

Passons maintenant des textes aux autorités. - C'est d'abord Cujas qui, dit-on, nous est contraire dans sa leçon solennelle sur le titre *De bonorum possessionibus*, quand il explique la loi 3, § 4. Pour l'entendre, il faut l'écouter : *Ostenditur in hoc paragrapho à municipibus adquiri posse bonorum possessionem : itaque non tantum à singulis sed etiam à municipiis, civitatibus et à societatibus, quæ species est universitatis ut à societatibus publicanorum.* Je traduis : On montre dans ce paragraphe que la possession de biens peut être acquise par les municipalités; c'est pourquoi elle peut être acquise, non-seulement par des particuliers, mais encore par des municipes, des cités et des sociétés; cette dernière espèce et celle d'une université, comme par exemple par les sociétés de publicains.

Ou le sens des mots nous échappe, ou Cujas n'a pas assimilé dans ce passage les sociétés particulières aux personnes juridiques. Il les a distinguées, au contraire, formellement, en expliquant que les sociétés dont il est question dans notre paragraphe sont celles qui peuvent être dites des universités. L'opinion du grand Cujas est donc pour nous et ne peut nous être contestée.

Enfin on a invoqué Balde sur la loi 4 du titre du Code intitulé *Pro socio*; nous avons cherché avec grand soin, dans plusieurs éditions de Balde, le commentaire de cette loi, sans jamais y trouver rien qui, de près ou de loin, se rattachât à la question. Mais nous connaissons le préambule qu'il a mis à ses observations sur ce titre, et nous y avons toujours vu la preuve de nos affirmations; nous allons essayer de traduire le commencement de cette espèce de préface en élagant les renvois, car, grâce à ceux que nous avons déjà faits, le lecteur n'a plus besoin de citations.

« Je dirai, à propos de cette rubrique (*Pro socio*), des choses qui ne seraient pas si bien adaptées aux lois particulières. Et j'établis d'abord, pour la clarté du sujet, que la société est double : L'UNE EST DITE COLLÈGE, lorsque plusieurs se réunissent sous

l'autorité des lois ou de leurs supérieurs, pour faire un collège social. La société, ainsi faite, peut être définie, savoir : une société collégiale est une collection de plusieurs individus séparés, réunis sous un seul nom qui leur est donné. J'ai dit de plusieurs individus, parce qu'un seul n'est pas une société; ce mot indiquant une agrégation ne convient pas à un seul. Il est de l'essence de cette société que les associés soient au moins trois, et c'est justice, parce qu'il ne peut pas se former de majorité entre deux; et ce qui doit être accompli par la société ne le serait pas si les deux seuls associés étaient en désaccord : telle est la raison du texte. Il n'est pas de la substance de la société qu'elle ait un gérant ou un prévôt; d'après cela, si le gérant qui a été constitué vient à mourir, la société n'a plus de chef sans cesser d'être société. Elle peut agir encore en tant que société, et il peut être convenu que le plus élevé en dignité parmi ses membres sera réputé gérant pour convoquer une assemblée générale : chose que l'on ne peut faire en qualité de simple associé. De même ces associés ne peuvent contracter en ce nom, et si cela a été fait, le contrat ne profite pas à la communauté. L'action *pro socio* ne dérive pas de cette société dans laquelle la communauté forme une personne. C'est pourquoi elle ne peut pas avoir l'action dont il s'agit, parce qu'elle la formerait contre elle, sans pouvoir déterminer où serait le demandeur et où serait le défendeur. De même la majorité ne peut agir contre la minorité par l'action *pro socio*. La minorité n'est pas une part aliquote de la société; ceux qui la composent sont réputés de simples individus; il suit de là encore que l'action *pro socio* ne peut pas naître d'une telle société. Si les associés ont des choses à expliquer entre eux, ils le font devant le gérant, qu'ils peuvent choisir pour cela s'ils le veulent, pourvu qu'il ne s'agisse de rien qui soit opposé à l'ordre public. Il faut remarquer pourquoi nous avons dit que la société était formée sous un nom qui lui était donné; je dis que c'est parce que l'unité du nom signifie l'unité intellectuelle et de droit de la société, qui est la même chose qu'un corps intellectuel. La signification du nom est prise du but final de la société, *ex universo sumitur*. Le gérant a le droit de représenter activement et passivement cette personne légitime en justice. Et comprenez que le nom doit être pris pour une bonne fin, ce qui peut être entendu de trois manières : au pre-

mier rapport, on peut l'entendre du bien en lui-même (*boni honesti*), comme d'une société pour aider les opprimés, les veuves et les personnes malheureuses. Au second rapport, il peut s'agir d'un agrément (*boni delectabilis*) : telles sont les sociétés dansantes que l'on forme à Pérouse pour la fête de saint Herculien, afin de réjouir les habitants. Sous le troisième aspect, les sociétés peuvent être faites en vue de l'utilité (*boni utilis*), comme les sociétés pour la ferme des impôts ou celle des acheteurs des fruits des lacs de Pérouse, et autres sociétés semblables. Sachez encore que l'on permet plus facilement la création de sociétés temporelles que de sociétés spirituelles... Enfin il y a d'autres sociétés qui ont un but prohibé, au moins défendu, étant faites pour des choses illicites : telles sont les sociétés de brigands qui infestent *aujourd'hui* toute l'Italie. Car ce sont des sociétés prohibées, et les associés tombent dans le crime de lèse-majesté. Le but de ces sociétés est la criminelle intention de voler, d'occuper les propriétés, de semer la discorde, toutes choses contre nature. Nous devons avoir leur existence à toutes dans une même horreur. Sont pareillement nulles les sociétés formées par une émulation illicite, entre les cités étrangères l'une à l'autre, contre leur supérieur et leur patrie.

« *Il y a UNE AUTRE SOCIÉTÉ DONT NAÎT L'ACTION PRO SOCIO, c'est de celle-ci que traite ce titre. C'est une société de particuliers, qui a été formée pour acquérir du bien et de l'utilité. Les marchands trafiquent encore, en vue de l'honnêteté et des plaisirs, parce que leurs fortunes, leurs jouissances et leur honneur sont en commun. Dans cette société les héritiers ne succèdent pas à ceux qu'ils représentent, etc.* »

Avouons qu'il fallait plus que de la bonne volonté pour trouver dans Cujas ou Balde la pensée de faire une personne morale de la société non autorisée et formée entre deux particuliers. Si entraîné par le style de l'illustre M. Troplong, le public judiciaire a continué à répéter ses assertions, Savigny, nous l'avons indiqué, a consacré de longues pages de son *Traité du droit romain* à parler de personnes juridiques; pourquoi, si nos adversaires avaient raison, cet auteur n'y a-t-il pas parlé des sociétés des simples particuliers, qui n'avaient pas été sanctionnées par l'État? Savigny avait, comme nos adversaires, sous les yeux différentes lois romaines, parlant du

cas où un associé a traité en son nom et en celui de ses coassociés, nommés ou simplement montrés par induction; mais ces lois lui ont paru, à juste raison, sans importance pour décider la question, parce que la société ne s'y dégage jamais des personnes qui la composent.

Pour soutenir le contraire, il faut oublier l'effet des obligations en droit romain. On ne pouvait contracter que pour soi. La conséquence de cette règle était que celui qui, étant associé, contractait une obligation, s'engageait pour le tout, comme l'enseigne Cujas dans son explication de la loi 82, au Digeste, *pro socio*, loi tirée des réponses de Papinien. Cujas fait remarquer que les termes généraux, employés par Papinien, mettent bien à la charge des associés ce qui a été versé dans la caisse commune. Mais il rapporte cette explication aux sociétés d'argentiers ou banquiers, qui étaient solidaires les uns pour les autres. Ainsi la loi 82 ne touche en rien les sociétés des particuliers. Cujas rappelle ce grand principe du droit romain d'après lequel, si de l'argent a été prêté, on ne cherche pas qui en a profité, mais qui a contracté l'obligation : ce dernier seul est engagé. Sur quoi notre auteur cite une loi du Digeste et un passage de Sénèque.

Il est donc étrange d'entendre répéter partout aujourd'hui que la question de savoir si les sociétés forment un être moral peut se résoudre par l'affirmative avec les lois romaines. Disons-le hardiment, ce système, contraire aux principes, ne se défend qu'à l'aide de fausses interprétations, en employant des textes qui ont trait aux sociétés autorisées par les magistrats compétents.

C'est que les sociétés autorisées, anonymes quant à leurs membres, ayant un nom, autrement dit une raison sociale empruntée à leur objet, c'est que, disons-nous, ces sociétés sanctionnées par un acte de l'autorité, connues de tous, avaient une caisse, un patrimoine, des droits et des devoirs, et en un mot un être civil. Elles devenaient légalement une personne et jouaient un rôle sur le théâtre du monde, ce que nous croyons avoir démontré.

P. A. F. MALAPERT.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. SÉVIN, conseiller à la Cour de cassation.

NEUVIÈME ARTICLE¹.

Du droit de suite contre les tiers détenteurs.

Cette partie du Code a été embarrassée de plusieurs procédures et formalités dont la suppression a été presque unanimement demandée : la loi hypothécaire éprouverait ainsi une notable simplification.

L'article 2166 pose bien le principe que les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués ou payés suivant l'ordre de leurs inscriptions ; mais, devant le créancier voulant exercer son droit, on va voir s'élever bien des obstacles qui ne devraient pas, en bonne justice, entraver sa marche. Qu'on en juge.

1. L'acquéreur, c'est-à-dire le détenteur de son gage, ne sera pas obligé de le payer, ne devra même pas aux créanciers inscrits la représentation de son prix : il en sera quitte, s'il veut, pour leur abandonner l'immeuble qu'il a acheté, effaçant ainsi, par un simple acte de sa volonté, le contrat qu'il avait passé : c'est ce que l'article 2168 nomme la faculté de *délaissement*. Et les créanciers, qui ont vu leur gage se transformer en un prix exigible, qui ont dû compter sur ce prix pour l'extinction de leurs créances, sont renvoyés à poursuivre, sur un curateur nommé au délaissement, l'expropriation forcée de l'immeuble affecté à leurs créances.

Ce droit de délaissement par l'acquéreur a toujours paru exorbitant, et contraire aux principes sur les conventions. L'existence d'inscriptions, que l'acquéreur a pu connaître, qui d'ailleurs n'empirent en rien sa condition, ne le forcent, s'il le veut bien, qu'à payer le prix qu'il a promis, ne saurait l'autoriser à abandonner une acquisition qu'il a dû faire sérieusement, et qu'il ne lui est pas permis de délaisser au gré de son caprice.

¹ V. t. XXII, p. 500.

« Cette faculté, disait M. Bethmont, a produit de véritables abus.

« Outre les frais de procédure résultant d'un pareil droit, il fallait encore redouter les incertitudes qu'il suspend sur la propriété. Nous pensons qu'il est utile de le supprimer.

« Désormais toute acquisition sera ferme; l'acquéreur n'aura plus la ressource de délaisser. Le seul soin que le législateur doit prendre en l'obligeant inflexiblement à l'exécution de son contrat, c'est que l'obligation ne soit pas étendue au delà des bornes dans lesquelles il a voulu la renfermer; l'acquéreur devra son prix, tout son prix, mais rien que son prix. »

Il faut dire que le Conseil d'État, en supprimant, dans l'intérêt des créanciers, la faculté de délaissement, se préoccupait aussi de la position de l'acquéreur, qui, privé de l'une des alternatives de l'article 2168, se trouvait, s'il ne voulait pas purger, sous le coup de l'obligation de payer toutes les dettes inscrites, *à quelques sommes qu'elles pussent monter.*

Le Conseil d'État trouvait que cette disposition était excessive et dépassait le but. « Il est possible, disait-il, qu'un immeuble qui vaut 100,000 francs, qui a été vendu ce prix, soit grevé de privilèges et d'hypothèques pour des sommes doubles, triples de cette valeur; il est évident que le tiers détenteur ne peut pas, pour une négligence, encourir l'obligation de payer toutes les dettes inscrites : de telles pénalités seraient, sous une autre forme, de véritables confiscations et consommeraient sa ruine¹. »

Pourtant on ne pouvait pas dire que l'acquéreur, qui ne purgeait pas, en serait quitte pour la représentation de son prix aux créanciers; car il aurait été placé par là dans une position plus favorable que le détenteur qui purge et dont le prix est soumis à l'épreuve de la surenchère. Le Conseil d'État devait donc laisser l'acquéreur exposé aux poursuites de tous les créanciers, mais sans être déclaré leur débiteur personnel et indéfini; et pour qu'il ne fût pas victime, comme on l'avait dit, d'une négligence, on lui accordait jusqu'à l'adjudication pour prendre le parti de purger.

Dans ces termes, tous les intérêts étaient saufs.

II. Le délaissement n'est pas le seul empêchement que voie

¹ Rapport du Conseil d'État, p. 121.

se dresser devant lui le créancier qui veut poursuivre un tiers détenteur. Celui-ci peut encore, à moins d'hypothèque spéciale ou privilégiée, s'opposer à la vente de l'héritage qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués dans les maisons du principal obligé. C'est ce que l'article 2170 appelle l'exception de discussion.

On ne comprend guère une pareille disposition en présence du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque : c'en est la destruction absolue. Le créancier hypothécaire doit avoir la faculté d'exercer son droit sur tel immeuble qu'il lui plaît de prendre parmi ceux affectés à son hypothèque; et s'il fallait faire un choix, si l'on pouvait lui imposer ou lui indiquer une option, il semblerait plus juste qu'il commençât par les biens aliénés, par ceux dont la valeur est réalisée en argent, par ceux que le débiteur a sans doute vendus pour se libérer, au lieu de le contraindre à poursuivre l'expropriation de ceux qui restent encore en nature dans les mains du précédent propriétaire.

Aussi a-t-on proposé sans contestation, lors de la réforme projetée en 1849-51, de supprimer purement et simplement le droit de discussion. L'article 2170 était remplacé dans le projet du gouvernement, approuvé par le Conseil d'État, par la disposition suivante :

« Le tiers détenteur ne peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué, alors même qu'il existe d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. Toute exception de discussion lui est interdite. »

III. Mais supposons que le tiers détenteur se décide à purger. Le créancier recevra une notification qui lui fera connaître et l'état hypothécaire de l'immeuble et le prix de l'aliénation. Si ce prix lui semble insuffisant pour le couvrir et inférieur à la valeur réelle, la loi lui ouvre le remède de la surenchère. Mais à cette chance de salut est attachée une condition qui peut souvent empêcher le créancier d'y avoir recours : il faut pour surenchérir qu'il donne caution jusqu'à concurrence du prix total et des charges.

Ainsi, plus l'immeuble grevé d'hypothèques sera considérable, plus il sera difficile au créancier inscrit de le faire porter à sa véritable valeur. Qu'une propriété de 100,000 francs soit vendue à vil prix, le créancier intéressé à surenchérir, le créancier qui ne sera payé de ce qui lui est dû que si la sur-

enchère produit un bon résultat, ce créancier devra voir consommer sa spoliation s'il n'a pas 100,000 francs à déposer, ou un ami de 100,000 francs à faire obliger. Or ces amis-là sont rares.

On a dit qu'il fallait rendre la surenchère difficile, parce qu'elle tend à déposséder un acquéreur de bonne foi. Mais alors quelle contradiction à n'exiger ni caution ni garantie de la part du premier venu qui peut surenchérir après adjudication sur saisie immobilière ! Est-ce que l'adjudicataire, devenu tel après publicoité et sous la garantie de la justice, n'est pas aussi respectable que l'acquéreur à huis clos, qui a pu promettre pots-de-vin et épingles, et dissimuler partie du prix réel pour en faire bénéficier son vendeur au préjudice des créanciers qui n'auront pu surenchérir ? Est-ce que le créancier inscrit, agissant pour le salut de sa créance, *de damno vitando*, n'est pas aussi intéressant que le premier venu, qui ne peut avoir qu'un motif de profit et de spéculation, *de lucro captando* ?

La Cour d'Angers avait fait à ce sujet, dans l'enquête de 1841, les plus sages réflexions ¹.

« Deux classes de parties intéressées sont en présence, disait-elle : les créanciers hypothécaires et les tiers détenteurs. On comprend la différence dans la position de l'une et de l'autre catégorie. — Les créanciers hypothécaires n'ont consenti à se dessaisir de leurs fonds que sous la promesse d'un recouvrement assuré sur l'immeuble. Ils en ont alors acquis une sorte de copropriété; les titres de ces créanciers ayant d'ailleurs été rendus publics par voie d'inscription, les nouveaux détenteurs les ont connus avant de traiter. — Ces détenteurs ne se présentent au contraire qu'après les créanciers, ils ne sont exposés à aucune perte, puisque leurs prix n'ont pas dû être comptés avant le dégrèvement de la propriété. Enfin l'esprit de spéculation a seul peut-être déterminé ces derniers à se rendre acquéreurs.

« ... il faut que le créancier surenchérisseur fournisse une caution qui assure le recouvrement du prix et des charges.

« Pourquoi donc ?

« L'immeuble ne demeure-t-il pas toujours intact ? ne continue-t-il pas d'offrir aux créanciers la même sûreté ? Le prix

¹ *Doc. hyp.*, 2, 681.

« principal est donc garanti par la présence du gage; comment
 « exiger qu'il le soit encore par la caution du surenchéris-
 « seur?...

« Rapprochons du Code civil l'article 708 du Code de procé-
 « dure, suivant lequel toute personne peut, dans les huit jours
 « qui suivent une adjudication en justice, faire une surenchère
 « du sixième du prix principal de la vente. Cette surenchère,
 « qui est permise à un étranger quel qu'il soit, n'a pas besoin
 « d'être accompagnée d'une garantie quelconque. Il suffit que
 « le bruit public ne signale pas celui qui en est l'auteur comme
 « notoirement insolvable. On admet en sa faveur une sorte de
 « présomption qu'il n'agit ni imprudemment ni frauduleuse-
 « ment.

« Le créancier déjà investi d'un droit sur l'immeuble est
 « traité d'une manière bien différente. Encore qu'il n'agisse
 « que pour recouvrer ce qui lui est dû, il n'est au contraire
 « recevable à surenchérir que sous cette condition extrêmement
 « onéreuse de fournir caution pour le prix et les charges. S'il
 « n'a pas en main les fonds nécessaires afin de consigner im-
 « médiatement la valeur de l'immeuble, ou s'il n'est pas assez
 « heureux pour rencontrer une personne dévouée à ses intérêts
 « et offrant une responsabilité suffisante, son gage lui échappé
 « ou, du moins, il n'en peut retirer la somme à laquelle il eût
 « dû être porté...

« De telles contradictions, de telles incohérences ne peuvent
 « certainement être approuvées. Si l'on n'assure pas au créan-
 « cier hypothécaire la plus grande facilité pour surenchérir,
 « si l'on ne dégage son action de l'un des principaux obstacles
 « qui en arrêtent l'exercice, on lui ravit ce qu'il y a de plus
 « vivant dans la sûreté qu'offre l'hypothèque. »

Si l'on tire la conséquence logique de ces observations, on
 ne s'arrêtera ni à la modification qui réduirait seulement l'obli-
 gation de fournir caution jusqu'à concurrence, soit du quart
 du prix (projet du Conseil d'État de 1851), soit du dixième
 (Cour d'Angers), soit de la différence entre le prix offert et la
 valeur de l'immeuble, fixée conformément à l'article 2162 (Fa-
 culté de Caen) : on supprimera tout à fait cette entrave à l'exer-
 cice d'un droit légitime et favorable; on tarira en même temps
 la source de nombreux procès, car c'est à l'occasion de la ré-
 ception de caution que l'acquéreur surenchéri élève le plus de

contestations et de chicanes, à l'effet de conserver le bénéfice d'un marché trop avantageux.

La poursuite contre les tiers détenteurs, dégagée de cette gênante obligation, dégagée aussi de l'exception de discussion, de la faculté de délaissement, reprendra une marche rapide et sûre, en harmonie avec les simplifications de procédure récemment votées.

Il ne reste plus à examiner que les questions qui sont nées à l'occasion de la surenchère et de la purge des hypothèques légales.

De la surenchère.

I. Sur quels biens doit porter la surenchère?

Ce n'est, en règle générale, que sur les biens hypothéqués : la surenchère est une voie ouverte au créancier pour sauvegarder ses intérêts et faire porter les biens qui sont le gage de sa créance à leur véritable valeur.

Pas de difficulté lorsque l'hypothèque frappe des immeubles distincts et divis, et que l'acquéreur s'est conformé, dans sa notification, à l'article 2192, en distinguant, par ventilation s'il y a lieu, les prix particuliers de chaque immeuble. Mais il peut arriver deux choses :

- 1° Ou que l'acquéreur ne se conforme pas à l'article 2192,
- 2° Ou qu'il s'agisse d'une hypothèque constituée sur une part indivise d'immeubles vendus pour un seul et même prix.

Dans le premier cas, les créanciers inscrits, que l'inobservation de l'article 2192 met dans l'impossibilité d'exercer leur droit avec connaissance de cause, pourront faire annuler la notification et la faire recommencer¹; — mais s'ils ne le font pas, s'ils prennent cette notification incomplète pour base de leur surenchère, que devront-ils faire? Sans aucun doute, on ne pourra exiger d'eux qu'ils étendent leur surenchère à d'autres immeubles que ceux hypothéqués à leurs créances; ils pourront donc se borner à requérir la mise aux enchères des

¹ *Annuler*; et si l'acquéreur, mis en demeure de notifier, n'est plus dans le délai, il est déchu du droit de purger et retombe sous l'application des articles 2167 et 2168.

Recommencer sa notification, ou la compléter, s'il est encore dans les délais, ou s'il a notifié spontanément, sans être mis en demeure par les créanciers inscrits (Paul Pont, n° 1310).

immeubles qui leur sont hypothéqués, en faisant eux-mêmes la ventilation, laquelle pourra être contestée par le vendeur, par les autres créanciers, mais non par l'acquéreur, en faute pour ne pas avoir exécuté la loi. — J'ajoute que si un créancier prétendait avoir le droit de faire porter sa surenchère sur d'autres biens que ceux qui sont grevés de son hypothèque, il ne devrait pas être écouté.

Dans le second cas que je viens de prévoir, on a cependant admis quelquefois une exception à cette règle : c'est lorsqu'il s'agit d'immeubles impartageables en nature, vendus ou adjugés pour un seul et même prix à un acquéreur qui ne fait pas connaître par ses notifications la portion pour laquelle le créancier inscrit sur une part indivise aura droit au prix; quelquefois même l'acquéreur ne peut donner cette indication, par exemple lorsque les droits des vendeurs ne sont pas encore liquidés.

Dans cette dernière espèce, la Cour de Paris a jugé que le créancier à hypothèque inscrite sur la part indivise d'un cohéritier a pu faire porter la surenchère sur la totalité de l'immeuble reconnu impartageable (16 juillet 1834. — S., 34, 2, 440).

La Cour de Dijon est allée plus loin. Même dans un cas où le droit de chacun des cohéritiers vendeurs était certain et connu (quatre vendeurs, chacun pour un quart), cette Cour a admis la surenchère sur le tout par le créancier inscrit d'un seul des héritiers, sur le double motif de l'indivisibilité de l'hypothèque et de l'impossibilité du partage en nature (5 mai 1855. — S., 56, 2, 45).

Il est à remarquer que si ces arrêts reconnaissent aux créanciers le droit de surenchère totale, ils ne leur en imposent pas l'obligation. La surenchère, en effet, avec les conditions dont la loi actuelle l'entoure, est souvent une charge très-lourde, et le créancier ne peut être contraint à l'étendre au delà des biens divis ou indivis sur lesquels il a hypothèque.

Ce principe est celui qui doit dominer en cette matière (P. Pont, n° 1362). Il a été maintenu, par un arrêt de la Cour de Paris du 3 mars 1820 (S., 20, 2, 193), dans une affaire où l'acquéreur, voulant parer à toutes les éventualités, avait fait porter sa surenchère sur la totalité de l'immeuble impartageable, vendu en un seul lot pour un seul prix, mais en offrant de res-

treindre sa surenchère à la moitié appartenant à son débiteur. L'arrêt décida que la surenchère ne serait suivie que sur la moitié.

Il est vrai qu'avec cette solution la moitié surenchérie restera indivise avec la moitié non surenchérie, et qu'il faudra recourir à une nouvelle licitation, c'est-à-dire à une nouvelle vente si l'immeuble est réellement impartageable. C'est un inconvénient, mais il est moindre que ceux de la solution opposée : on peut d'ailleurs y parer par le consentement que donnerait le propriétaire de la portion non surenchérie à ce que cette portion soit mise aux enchères en même temps que celle qui a été frappée de surenchère.

Reste donc seulement le cas particulier d'un immeuble appartenant indivisément à deux propriétaires, sans que cette part soit déterminée ; si cet immeuble, grevé par un seul des communistes, est vendu dans son ensemble pour un seul prix, que deviendra le droit de surenchère ? La notification ne peut contenir de ventilation du prix, les droits de chacun des vendeurs n'étant pas liquidés : le créancier ne peut faire porter sa surenchère que sur la portion du prix correspondant à la part de son débiteur dans l'immeuble, et cette part n'est pas déterminée, n'est pas connue. Je ne voudrais pas, même dans cette hypothèse, admettre ou imposer la surenchère pour le tout ; j'aimerais mieux accorder un sursis, et maintenir ouvert le droit du surenchérisseur jusqu'après liquidation du droit de son débiteur, liquidation qu'il dépend de lui d'activer et de poursuivre.

Si donc le législateur voulait compléter sur ce point les dispositions du Code et trancher toutes les difficultés possibles, il dirait, par exemple :

« La surenchère ne peut porter que sur les biens affectés à la créance du surenchérisseur.

« Si l'hypothèque frappe sur une part indivise, la surenchère ne peut porter que sur cette part, sauf, si elle n'est pas liquidée, à surseoir au complément et à la réception de la surenchère jusqu'après liquidation et reconnaissance de la part revenant dans l'immeuble au débiteur grevé. »

La Faculté de droit de Caen avait tranché la question d'une manière peut-être un peu trop radicale ; elle proposait de dire que les créanciers inscrits sur une part indivise ne pourraient

pas surenchérir en cas de vente de l'immeuble indivis ¹. — La confiscation d'un droit utile et légitime ne paraîtra pas sans doute le meilleur moyen d'échapper aux difficultés d'exécution.

II. L'article 2184 oblige l'acquéreur qui notifie son contrat pour provoquer la surenchère, à offrir aux créanciers le paiement immédiat de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles.

Que l'acquéreur ne puisse exciper des termes que son vendeur lui a accordés, on le conçoit. Le droit des créanciers ne saurait être paralysé par les conventions intervenues entre leur débiteur et un tiers.

Mais on voit moins clairement l'utilité et même la justice de la disposition qui prive l'acquéreur des termes apposés par les parties au remboursement des créances qu'il est chargé d'acquitter. L'effet du droit de suite, accompagné des formalités de la purge, doit être de substituer le nouveau propriétaire à l'ancien vis-à-vis des créanciers inscrits : pourquoi lui faire une condition plus dure ? pourquoi éloigner de l'acquisition des immeubles tous les amateurs qui n'auraient pas en bourse, et immédiatement disponible, la totalité de leur prix ? Ne serait-ce pas, au contraire, faciliter les transactions immobilières que de permettre au futur acquéreur de calculer à l'avance, d'après l'état de charges qu'il peut consulter, ce qu'il aura à déboursier comptant, et sur quels termes il doit compter sur le surplus ? C'est peut-être la seule utilité que l'on puisse trouver à la mention de l'exigibilité des créances hypothécaires, prescrite dans les inscriptions.

La loi de brumaire an VII avait compris ainsi les conséquences du droit de suite ; elle disait dans son article 15 :

« La vente, soit volontaire, soit forcée, de l'immeuble grevé
« ne rend point exigibles les capitaux aliénés ni les autres
« créances non échues. En conséquence, l'acquéreur et l'adju-
« dicataire jouiront des mêmes termes et délais qu'avaient les
« précédents propriétaires de l'immeuble pour acquitter les
« charges et dettes hypothécaires inscrites. »

Ne serait-il pas plus utile et plus juste de revenir à la loi de brumaire, ainsi que la loi belge l'a fait en 1851 ?

III. Outre son prix, le tiers détenteur doit-il encore offrir les

¹ *Doc. hyp.*, 2, 190.

intérêts que ce prix a produits? Depuis quelle époque doit-il ces intérêts aux créanciers?

Sera-ce depuis l'aliénation? Non sans doute, car il a dû payer les intérêts à son vendeur, et l'existence d'hypothèques n'a pu le soustraire à cette obligation. Mais s'il ne les a pas payés, devra-t-il les offrir? M. Troplong se prononce pour l'affirmative¹.

Sera-ce seulement depuis la sommation de payer ou délaisser? — ou bien à partir de la notification faite par lui aux créanciers? — ou bien encore à compter de l'expiration du délai de la surenchère?

Toutes ces solutions ont été défendues² : la loi pourra se prononcer sans craindre de léser des droits bien sérieux. Dans les deux dernières hypothèses, l'acquéreur n'aura rien à offrir.

IV. L'article 2191 règle le recours de l'acquéreur contre son vendeur après la surenchère.

Il ne s'explique formellement que pour le cas où l'acquéreur, enchérissant à son tour sur la provocation des créanciers, demeure adjudicataire définitif de l'immeuble surenchéri, moyennant une somme nécessairement supérieure à celle de son contrat primitif. Comme son vendeur s'était engagé envers lui à lui faire avoir l'immeuble moyennant ce prix primitif, il aura recours contre lui pour la différence entre les deux prix : c'est l'application des principes généraux du droit en matière de garantie.

Le Code est muet pour le cas où l'acquéreur ne se rend pas adjudicataire, mais se laisse au contraire déposséder par la surenchère. Il est alors évincé, et la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, lui accorde un recours contre son vendeur. On avait objecté que l'existence d'hypothèques sur un immeuble étant chose publique et connue de l'acquéreur, celui-ci a dû s'attendre à des recherches, à des éventualités résultant de ces hypothèques, et ne peut justement réclamer d'indemnité à titre d'éviction. On peut voir la réponse que fait M. Troplong à cette objection (*Hyp.* sur l'art. 2191, n° 967), invoquant à l'appui de sa doctrine un arrêt formel de la Cour de cassation (11 mai 1808. — S., 8, 1, 359).

Mais quelle sera cette indemnité? Sera-ce, comme dans l'hy-

¹ *Priv. et hyp.*, t. IV, n° 929, 930.

² M. Paul Pont les a parfaitement résumées (n° 1319).

pothèse de l'article 2191, la différence entre le prix porté au contrat et celui obtenu par la surenchère? Non sans doute, car la loi l'aurait dit, et réuni dans une même disposition les deux hypothèses. L'acquéreur dépossédé est donc renvoyé aux principes généraux du droit sur la garantie en cas d'éviction; l'article 2178 l'a prévu ainsi pour le délaissement, et M. Paul Pont (n° 1218, 1219 et 1395) en fait l'application par analogie. Le projet de loi de 1850, qui supprimait le délaissement, avait cependant laissé subsister l'article 2178 en faveur du tiers détenteur *qui aurait payé la dette hypothécaire ou subi l'expropriation de l'immeuble*. L'analogie ne porte-t-elle pas à ajouter : *ou qui aurait été dépossédé par une surenchère?*

Dans cette hypothèse, M. Troplong (*Hyp.*, n° 967) paraît n'admettre comme base de l'indemnité que la différence entre la valeur lors de l'acquisition et la valeur lors de l'aliénation, par suite d'un accroissement dans le prix des propriétés.

On le voit, la situation de l'acquéreur est tout autre selon qu'il se rend ou ne se rend pas adjudicataire. On s'est demandé si cette différence ne constituait pas une injustice. Non, a répondu M. Troplong (n° 968) : le vendeur a promis de laisser la chose à l'acquéreur pour la somme de...; c'est une obligation qu'il a consentie et au delà de laquelle il ne peut rien exiger : pour le surplus, l'acquéreur, resté adjudicataire, n'est qu'un prêteur de fonds qui paye pour lui. Mais si c'est un étranger qui se rend adjudicataire, le vendeur n'a pas contracté avec lui d'engagement antérieur, et les positions sont toutes différentes.

Quoi qu'il en soit de cette réponse¹, il a été proposé d'assimiler les deux positions, non sans doute pour étendre à l'acquéreur évincé le bénéfice de l'article 2191 en lui accordant toujours la différence entre le prix d'acquisition et le prix de surenchère, mais au contraire en le réduisant, dans tous les

¹ Ne pourrait-on pas dire que si l'on admet l'engagement du vendeur de garantir à son acquéreur la propriété vendue moyennant le prix de 60,000 fr., et qu'elle soit portée par la surenchère à 80,000 francs, l'acquéreur doit profiter, vis-à-vis de son vendeur, du bon marché qu'il avait fait, et que le vendeur ne doit pas profiter, vis-à-vis de son acquéreur, des 20,000 francs d'excédant qui auront servi à payer ses créanciers, soit que ces 20,000 francs proviennent de l'acquéreur lui-même, soit qu'ils soient fournis par un tiers enchérisseur?

cas, à l'arbitration des tribunaux pour l'indemnité à laquelle il aurait droit en vertu des principes généraux du droit sur la garantie.

C'est ce que demandait la Faculté de Caen lors de l'enquête de 1841 ; elle rédigeait ainsi l'article 2191 :

« Le tiers détenteur qui aura subi une réquisition de mise
« aux enchères, qu'il se soit rendu ou non adjudicataire, a son
« recours, tel que de droit, contre le précédent propriétaire ou
« contre ses copartageants, à raison de l'éviction qu'il a éprou-
« vée, sans préjudice de la subrogation aux droits des créan-
« ciers colloqués sur le prix de l'immeuble. — Néanmoins la
« surenchère ne donne point lieu à garantie quand la vente a
« été faite en justice, lors même que cette vente serait sujette à
« notification. »

La Faculté de Caen appuyait son système sur une hypothèse peut-être trop extraordinaire : « Primus, disait-elle, a vendu
« quelques ares de terre valant à peine 1,000 francs ; l'acqué-
« reur découvre pour 100,000 francs d'inscriptions du chef de
« précédents propriétaires. *Il n'hésitera pas*, de concert avec
« les créanciers peut-être, à décuplet, centupler son prix, si
« l'augmentation doit en définitive retomber sur Primus. »

Je crois au contraire qu'un acquéreur prudent *hésitera* beau-
coup avant de porter à dix fois sa valeur l'immeuble par lui
acheté, sur le seul espoir d'un recours contre un vendeur dont
l'insolvabilité est tout au moins à présumer d'après la masse
des inscriptions qui le grèvent, et d'après le parti pris par ses
créanciers de surenchérir, parti qui indique leur crainte de
n'être pas payés.

Maintenons donc à l'acquéreur la garantie, trop souvent illu-
soire, de l'article 2191 ; et si l'on voulait assimiler les deux
positions de l'acquéreur, il serait plus juste peut-être de lui
accorder la même garantie, qu'il reste ou non adjudicataire ;
car par son contrat le vendeur lui a garanti la chose vendue
moyennant le prix convenu : si, par une cause imputable au
vendeur (l'existence d'inscriptions contre lui), l'immeuble est
remis en vente et produit un prix plus fort, le vendeur ne peut
bénéficier de l'excédant vis-à-vis de son acquéreur, il doit lui
en tenir compte, puisque cet excédant de prix a servi à payer
d'autant ses créanciers.

La solution de ces difficultés est, au surplus, peu importante

dans la pratique : le recours, tout personnel, accordé contre un vendeur le plus souvent insolvable, est rarement exercé avec quelque chance d'utilité.

Mais il peut l'être dans le cas où l'hypothèque ne frappe que sur une part indivise, ainsi que je l'ai supposé plus haut. Une question délicate s'est présentée sur cette matière à la chambre civile de la Cour de cassation, le 9 janvier 1860, et n'a pas été résolue, la cassation ayant été prononcée par un motif étranger à la thèse principale du pourvoi.

En fait, un immeuble indivis entre une mère et son fils (chacun fondé pour moitié) est vendu par eux sur licitation, cet immeuble ayant été reconnu impartageable en nature : un étranger se rend adjudicataire. — La moitié du fils était grevée d'hypothèque; celle de la mère était libre.

Surenchère par un créancier du fils. L'acquéreur se présente à la surenchère, consent à la mise aux enchères pour le tout, mais demande que moitié de la différence entre son prix et celui à obtenir lui soit attribuée : un jugement réserve tous ses droits, sans se prononcer autrement.

La surenchère produit un prix de beaucoup supérieur à celui de la vente originaire. — La moitié de ce prix est attribuée aux créanciers du fils. — L'autre moitié reviendrait à la mère dont la part était libre d'hypothèques. — Mais l'acquéreur primitif demande que sur cette moitié on lui attribue la différence entre les deux prix, soit à titre de propriété, par suite du consentement qu'il a donné à ce que l'on vendit sa part dans l'immeuble, que la surenchère n'aurait pu atteindre, puisqu'elle n'était pas grevée; soit à titre d'indemnité de l'éviction qu'il souffrait comme dépossédé de cette moitié non soumise à l'action des créanciers du fils.

La Cour impériale de Metz avait repoussé cette double prétention : celle présentée à titre de propriété, parce que la surenchère entraînait résolution du contrat pour le tout, qu'il ne subsistait plus rien du contrat primitif; celle présentée à titre d'indemnité, par une fin de non-recevoir qui, jugée mal fondée par la Cour suprême, a entraîné la cassation de l'arrêt; mais la Cour de Metz, tout en admettant cette fin de non-recevoir, avait donné des motifs qui reconnaissaient la légitimité de la demande.

La question peut donc revenir devant la Cour de cassation,

et par cette raison je ne voudrais pas hasarder et engager, sur ce point, mon opinion personnelle. Plus libre au point de vue législatif, je fais remarquer que si l'on adopte la solution que j'ai proposée plus haut, si l'on admet que la surenchère ne peut frapper que la portion indivise grevée d'hypothèques par un des copropriétaires, la difficulté disparaît *ipso facto* : car alors l'acquéreur resté propriétaire incommutable de la portion non grevée, ne peut, s'il consent à aliéner cette portion, être considéré que comme propriétaire du prix qui la représentera. C'est pour moi un motif de plus pour persister dans ce que j'ai proposé plus haut.

De la purge des hypothèques légales.

Les réformateurs qui avaient cru trouver des moyens de rendre publiques, spéciales et déterminées toutes les hypothèques sans exception, même celles appartenant à des incapables, avaient naturellement supprimé le chapitre du Code qui, sous le nom de *purge des hypothèques légales*, organise une procédure dont le but est de faire apparaître au grand jour de la publicité les hypothèques que la loi a gratifiées du privilège d'exister sans inscription.

Mais tant que le problème si ardu de la publicité des hypothèques légales n'aura pas reçu de solution satisfaisante, il faudra conserver les formalités que la loi met à la disposition des parties pour faire cesser le danger des charges occultes grevant les propriétés immobilières.

Ces formalités atteignent leur but en ce qui concerne la sécurité des acquéreurs. Si dans les deux mois des notifications et publications indiquées par le Code, aucune inscription n'est prise au nom des créanciers à hypothèque légale, l'immeuble en est affranchi entre les mains du nouveau propriétaire : le droit de suite est perdu pour la femme, le mineur ou l'interdit. — En est-il de même quant au droit de préférence, et l'incapable aura-t-il perdu, par son inaction pendant le délai fatal, le droit de se présenter à l'ordre et d'exercer sur le prix, au détriment des autres créanciers inscrits, les droits hypothécaires que la loi lui attribue avec dispense d'inscription? Longtemps la jurisprudence hésita; longtemps la Cour de cassation, malgré la résistance des Cours d'appel, malgré les protestations de nombreux jurisconsultes, décida que l'expiration du délai de l'ar-

ticle 2195 entraînait une extinction complète de l'hypothèque légale vis-à-vis de tous les intéressés, créanciers ou acquéreurs ¹.

Il est à remarquer que la Cour de cassation qui jugeait ainsi, dominée par ce qu'elle croyait être l'application de la loi existante, tenait un tout autre langage lorsque, consultée comme corps judiciaire sur les améliorations à introduire dans cette même loi, elle se prononçait en faveur du droit de la femme, du mineur ou de l'interdit de se faire colloquer dans l'ordre, quoique sans inscription faite à leur profit après l'accomplissement des formalités prévues par les articles 2195 et 2196 ². Et la Cour suprême était suivie dans cette voie par les Cours de Pau ³, d'Agen ⁴, d'Angers ⁵, de Besançon ⁶, de Bordeaux ⁷, de Limoges ⁸, d'Orléans ⁹, de Paris ¹⁰, de Rennes ¹¹, de Rouen ¹², par les Facultés de Poitiers ¹³ et de Strasbourg ¹⁴.

On peut même dire que la législation avait devancé les demandes de réforme, si unanimement formulées. Dans la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, M. Persil avait fait ajouter à l'article 17 la disposition finale suivante : « Sans préjudice des droits des femmes, mineurs et interdits, sur le montant de l'indemnité, tant qu'elle n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été définitivement réglé entre les créanciers. »

C'est aussi ce qui fut proposé en 1851 par le conseil d'État lorsque, se séparant du projet du gouvernement qui supprimait les hypothèques non inscrites, il demanda le rétablisse-

¹ Arrêt des chambres réunies, du 23 février 1852, rendu, après un long délibéré, contrairement aux conclusions de M. le procureur général Delangle (S., 52, 1, 81).

² *Doc. hyp.*, 2, 672.

³ *Ibid.*, 2, 326.

⁴ *Ibid.*, 2, 672.

⁵ *Ibid.*, 2, 693.

⁶ *Ibid.*, 2, 698.

⁷ *Ibid.*, 2, 701.

⁸ *Ibid.*, 2, 719.

⁹ *Ibid.*, 2, 757.

¹⁰ *Ibid.*, 2, 761.

¹¹ *Ibid.*, 2, 779.

¹² *Ibid.*, 2, 789.

¹³ *Ibid.*, 2, 457.

¹⁴ *Ibid.*, 2, 823.

ment des formalités tendant à la purge de ces hypothèques.

Enfin la loi du 21 mai 1858 a adopté le même principe, distinguant ainsi le droit de suite du droit de préférence, et maintenant ce dernier droit après même l'extinction du premier. Mais cette loi (art. 717 et 772 nouveaux du Code de procédure) a subordonné l'exercice de l'action des incapables à certaines conditions de délai d'ouverture d'ordre, qui ne devraient pas nuire aux personnes que la loi protège spécialement, parce qu'elle suppose qu'ils ne peuvent librement agir. Pourquoi la femme qui n'a pas rendu publique son hypothèque dans les deux mois et qui, malgré cela, doit être colloquée à l'ordre; serait-elle victime du retard que d'autres mettront à ouvrir cet ordre? Si on lui accorde un dernier recours, elle doit l'avoir tant que son gage n'est pas disparu; car la présomption en sa faveur est que si elle n'a pas agi, c'est qu'elle n'a pas été avertie ou qu'elle a été empêchée.

Et en effet, c'est là le grand vice de la procédure de purge : si elle garantit suffisamment l'acquéreur, si elle donne aussi, moyennant certains délais, sécurité aux créanciers contre les recherches des incapables, ceux-ci ne trouvent pas, dans l'accomplissement des formalités prévues, une certitude ni même une probabilité de la conservation de leurs droits.

C'est surtout pour les femmes mariées que l'imperfection des moyens légaux est sensible.

En quoi consistent les formalités de la purge? — Un dépôt au greffe, une affiche dans l'auditoire que personne ne va lire, et que même on a proposé de supprimer comme parfaitement inutile; — une notification à la femme, qui peut très-bien ne pas lui parvenir; une insertion dans un journal, qui ne l'avertira pas davantage; une notification au procureur impérial, à qui l'on recommande de ne pas se mêler d'intérêts purement privés : voilà tout.

Et après avoir beaucoup cherché, on n'a guère réussi à trouver mieux. On a bien proposé, par exemple, de faire faire la notification à la femme par huissier commis; d'exiger autant que possible la remise de la copie en parlant à sa personne; de prescrire, dans tous les cas, la signification au parquet (ce qui se fait généralement dans la pratique), et non pas seulement lorsque l'acquéreur ne connaît pas toutes les personnes du chef desquelles il peut exister des hypothèques non soumises

à l'inscription. Mais des améliorations de détail ne suffisent pas. Le Conseil d'État, en 1851, n'en avait pas indiqué d'autres : la loi du 21 mai 1858 (art. 692 nouveau du Code de procédure), en transportant dans la procédure de saisie immobilière l'accomplissement de certaines formalités propres à mettre en demeure de se manifester les hypothèques légales *connues*, n'a rien trouvé de plus efficace que ce qui avait été prescrit par l'article 2194. C'est que le mal n'est pas là : il remonte plus haut ; il tient à la position dépendante et subordonnée de la femme, souvent à sa volonté, à son dévouement, à sa confiance. Et ici revient, dans son éternelle vérité, l'observation de M. de Vatimesnil : « Qu'une catastrophe subite se déclare, que la ruine du mari éclate tout d'un coup, et, sous l'impression de ce désastre, la femme n'ayant plus rien à ménager, prendra des mesures salutaires ; mais que la ruine arrive insensiblement, que les propriétés s'aliènent une à une pour satisfaire à des engagements pressants, est-il beaucoup de femmes qui, même averties, osent ou veulent prendre sur elles d'entraver les affaires de leur mari, d'empêcher les acquéreurs de s'acquitter et les créanciers de recevoir leur dû, de faire naître ou de précipiter un événement fatal auquel elle a le bonheur de ne pas croire ? »

Voilà pourquoi, n'ayant pas une grande confiance dans l'action des femmes mariées pour se sauvegarder elles-mêmes, nous nous sommes attaché, dans cette *Étude*, à rechercher les moyens de conserver leurs droits sans qu'elles aient besoin d'agir, et que, toutes les fois qu'il a été possible de les sauver de la ruine sans nuire à de plus grands intérêts, nous avons fait pencher la balance de leur côté.

Aussi regrettons-nous que dans des réformes récentes et utiles (loi du 21 mai 1858, art. 717 nouveau du Code de procédure) on ait cru devoir repousser d'une manière absolue la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décidait que l'expropriation forcée ne purge pas les hypothèques légales. Que la femme dont la situation est connue du créancier poursuivant et qui a reçu (art. 692) une notification équivalente à celle prescrite par l'article 2194, soit tenue de s'inscrire dans un délai fatal, on le comprend, surtout avec la disposition nouvelle, qui paraît faire au ministère public une obligation formelle de ce qui n'était qu'une faculté rarement usitée. Mais fallait-il traiter

de même la femme qui, dans l'ignorance où peut être de sa qualité le poursuivant, n'a pas reçu de notification, d'avertissement, et se trouve ainsi privée de ses droits sans avoir été mise en demeure de les défendre? Cependant l'article 717 est formel : le jugement d'adjudication, dûment transcrit, purge toutes les hypothèques sans exception, et les créanciers à hypothèque légale, non inscrits avant la transcription du jugement d'adjudication, n'ont plus que la ressource extrême de se présenter à l'ordre avant l'expiration de certains délais. Est-ce là tout ce qu'on pouvait faire? Il est permis d'en douter.

Nous verrions aussi avec peine le triomphe définitif d'une solution qui tend à prévaloir dans la jurisprudence, et selon laquelle la femme et le mineur qui ont reçu la notification prescrite par l'article 2194 n'ont que deux mois non-seulement pour s'inscrire, mais encore pour surenchérir. La notification de l'article 2194 n'a pour but que de déterminer l'inscription de l'hypothèque légale, qui se trouve alors dans la même situation que les autres hypothèques; et sans exiger que l'acquéreur remplisse de nouveau à l'égard du nouvel inscrit toutes les formalités de l'article 2183, ne serait-il pas juste, puisqu'on a jugé nécessaire de lui accorder deux mois pour se faire inscrire, de lui donner quelques jours de plus pour délibérer sur la question tout autre de la surenchère, pour s'éclairer notamment sur l'état hypothécaire de l'immeuble (le tableau sur trois colonnes de l'article 2183 ne lui a pas été notifié), pour réunir les conditions, si difficiles aujourd'hui, qu'il faut réaliser pour être admis à la surenchère, conditions plus difficiles encore pour une femme mariée, pour un mineur, pour un interdit?

Enfin, la purge des hypothèques légales, faculté ouverte seulement aux acquéreurs, ne devrait-elle pas être accordée aussi aux créanciers?

Le Conseil d'État, en 1851, avait soulevé cette question qui paraissait, disait-il, à des esprits sérieux, mériter une place dans les modifications que comporte le régime hypothécaire. Mais le conseil crut que ce problème, dont la pensée avait été suggérée par l'étude à des économistes occupés des institutions spéciales à l'établissement du crédit foncier, serait mieux à sa place lorsqu'il serait appelé à étudier cette matière.

Lorsqu'on en vint à fonder les *sociétés de crédit foncier*, on crut devoir, en effet, leur donner le droit de purger les hypo-

thèques légales avant de délivrer les fonds aux emprunteurs; et cette formalité parut même d'abord tellement nécessaire à la sécurité des prêteurs que le décret du 8 février 1852 en avait fait une obligation formelle qui, plus tard seulement, devint facultative (loi du 10 juin 1853). Plus tard encore, et lors de la dernière réforme du Code de procédure, le même droit fut accordé au créancier poursuivant la saisie immobilière (loi du 21 mai 1858). Mais cette mesure n'a pas le même objet que la purge opérée par les sociétés de crédit foncier; c'est un préliminaire à l'ordre, et non une sécurité pour le prêteur.

Quoi qu'il en soit, la loi est entrée dans une bonne voie, et s'il a paru nécessaire, ou simplement utile, d'autoriser le prêteur appelé société de crédit foncier à s'assurer de l'état réel hypothécaire de son emprunteur, pourquoi n'autoriserait-on pas tout autre prêteur à se procurer, par le même moyen, la même sécurité? Sans doute le prêteur peut s'assurer contre l'hypothèque légale de la femme de son débiteur, en exigeant l'engagement de celle-ci; mais d'abord il ne trouverait pas là une garantie contre les hypothèques légales inconnues; puis ce remède, l'obligation de la femme, est si dangereux pour elle, qu'on devra donner la préférence à tout ce qui pourra éviter d'y recourir.

Or c'est à ce titre, c'est dans l'intérêt de la femme, que nous verrions avec faveur étendre et généraliser le droit accordé spécialement aux sociétés de crédit foncier. Celui qui, avant de délivrer ses fonds, aura la certitude de savoir, après un délai fixe, si l'immeuble qui lui est proposé en gage n'est grevé d'aucune hypothèque légale, ne songera pas à demander l'engagement solidaire de la femme, engagement qui serait bien autrement dangereux pour elle que le silence qu'elle pourra garder pendant le délai de la purge, si elle juge à propos de ne pas s'inscrire.

C'est toujours par la même pensée, celle d'éviter à la femme mariée la tentation de perdre, par son obligation personnelle, toutes les garanties que la loi réserve à sa faiblesse et à son imprudence, que nous avons été guidé dans ce travail en proposant des mesures qui, sans la priver des plus amples garanties, tendent à faire connaître aux tiers le montant de ses créances, à faire la lumière sur sa position, au lieu de laisser cette position dans un vague inquiétant, dont le résultat serait,

comme nous l'avons dit, de porter toute personne contractant avec un mari d'exiger impérieusement la signature et l'engagement solidaire de sa femme.

Et ce serait un grand malheur; car on serait ainsi porté, pour sauver la femme des dangers possibles de sa liberté, à abandonner notre régime si beau et si national de la communauté conjugale; on serait tenté de se réfugier dans l'immobilité déflante du régime dotal, à moins qu'on ne demande un abri, après Lamoignon et Cambacérès, dans les incapacités de la coutume normande ou du sénatus-consulte Velléien.

SÉVIN.

(La suite à une prochaine livraison.)

DES CONCILES D'ORLEANS,

CONSIDÉRÉS COMME SOURCE DU DROIT COUTUMIER
ET COMME PRINCIPE DE LA CONSTITUTION DE L'ÉGLISE GAULOISE.

Par M. J. - Eugène BIMBENET.

QUATRIÈME ARTICLE ¹.

§ 4.

Ces différents ordres d'idées parcourus, on peut concevoir que tout était préparé, de longue main, dans la Gaule, pour que l'élément germanique, à l'origine de son expansion, et, par conséquent, plein de séve et de vitalité, l'emportât sur l'élément romain tombant en dissolution par l'abus de son développement et que l'un se substituât à l'autre.

Cette situation va jusqu'à montrer une révolution arrivée à son terme, tellement comme il arrive toujours ainsi, lorsqu'un événement de cette nature est près d'éclater, qu'il ne lui manque plus qu'un acte qui lui donne une forme et soit sa manifestation et son témoignage officiel.

¹ V. t. XXII, p. 263.

Cet acte devait être les décisions des conciles provinciaux tenus à Orléans¹ de l'année 511 à l'année 549.

Ils sont certainement la manifestation et le témoignage irrécusable de l'état de l'Église dans cette contrée, de ses relations avec le saint-siège, et du travail de sa constitution sur la terre gauloise.

Ils portent en eux le germe de la séparation relative de l'Église gauloise et du souverain pontificat.

Et aussi, ils sont la manifestation et le témoignage irrécusables du travail de la constitution légale de la Gaule centrale et septentrionale, dont les populations, après avoir subi plus qu'elles ne les avaient acceptées des institutions romaines, acceptaient, plus qu'elles ne les subissaient, les institutions germaniques.

§ 5.

En parlant, il n'y a qu'un instant, des avances que l'empereur d'Orient, Anastase, faisait au roi des Francs auquel il envoyait un jeune noble gallo-romain par l'intermédiaire de saint Avit, nous faisons allusion à une lettre que ce dernier adressait à Clovis au moment où celui-ci venait de recevoir le baptême.

La méthode, ainsi que nous l'avons fait déjà remarquer, de s'assurer le concours des barbares que l'empire ne pouvait vaincre ou même éloigner de son territoire, était fort en usage; elle n'avait, il est vrai, réussi qu'à protéger le territoire de Constantinople; mais l'empire d'Orient, tout affaibli et tout restreint qu'il fût par ces concessions, put survivre, longtemps encore, à l'empire d'Occident.

Si les démarches d'Anastase, d'accord en cela avec le saint-siège, ainsi que le démontre le choix de saint Avit, comme intermédiaire auprès du roi des Francs, n'eurent pas l'effet que l'empereur et le pape en attendaient, le document qui en contient la preuve nous permet cependant de placer en face l'un de l'autre l'élément romain et l'élément germanique, et d'assister à la lutte qui s'engagea entre eux, et dont on peut

¹ Il en a été tenu sept; mais on ne doit, ici, s'occuper que des cinq premiers.

faire remonter l'origine à une époque bien antérieure à celle du baptême de Clovis.

Ce document offre à l'esprit le spectacle de Rome fondant les plus grandes espérances sur la conversion du chef barbare et de sa trustee; et de ceux-ci, profitant de l'influence que ce sentiment leur donne pour s'avancer jusqu'à la Loire, la franchir et pénétrer jusque dans les possessions des Wisigoths, les plus éloignées de ce fleuve.

Nous trouvons dans la *Collection des conciles*, la lettre d'Avitus au roi des Francs, sous ce titre : *Epistola Aviti episcopi Viennensis ad Clodoveum regem Francorum de suscepta ab eo Christi fide, atque baptismo*, et nous la traduisons dans ses parties principales, c'est-à-dire presque en entier¹.

Invenit quippe tempori nostro arbitrum quemdam divina provisio; dum vobis eligitis, omnibus judicatis: vestra fides nostra victoria est.

Solent plerique in hac eadem causa, si pro expetenda sanitate credendi, aut sacerdotum hortatu, aut quorumcumque sodalium suggestionem moneantur, consuetudinem generis, et ritum paternæ observationis opponere. Ita salutem nocentem verecundiam præferentes, dum parentibus in incredulitatis custodia inutilem reverentiam servant, contententur se quodammodo nescire quid eligant. Discadat igitur ab hac excusatione, post talis facti miraculum, noxius pudor.

De toto priscae originis stemmate sola nobilitate contenti. quidquid omnis potest fastigium generositatis ornare, prosapiæ vestræ à vobis voluistis exurgere. Habetis honorum auctores, voluistis esse meliorum; respondetis proavis quod regnatis in

La divine Providence vous a constitué l'arbitre de notre époque; en choisissant pour vous la vraie croyance, vous décidez pour tous; votre foi est notre victoire.

Il en est un grand nombre qui, dans une circonstance semblable, s'ils sont engagés à adopter la croyance la plus salutaire par l'exhortation des prélats ou de leurs amis, opposent la coutume de leur nation ou la religion de leur famille, préférant, ainsi, une coupable déférence à leur propre salut. Tandis qu'ils conservent à leurs ancêtres un inutile respect dans les liens de l'incredulité, ils confessent, en quelque façon, ne savoir à quel choix s'arrêter. Une coupable pudeur, après un fait aussi remarquable, ne peut se continuer.

Satisfait de votre seule noblesse, au milieu des grandeurs de toute votre antique origine, vous avez voulu faire partir de vous-même, pour vos descendants, tout ce qui peut être le couronnement de votre illustration; vous avez devant vous

¹ On a quelquefois parlé de cette lettre, mais sans la faire complètement connaître. Un document historique de cette importance nous a paru digne de sortir du trop volumineux recueil qui le contient.

sæculo : institutis posteros quod regnatis in cælo.

Gaudeat ergo quidem Græcia, habere se principem legis nostræ : sed non jam quæ tanti muneris dono sola mereatur illustrari ; quod non desit et reliquo orbi claritas sua. Si quidem et occiduis partibus in rege non novo novi jubaris lumen effulgurat. Cujus splendorem congrue Redemptoris nostri nativitas inchoavit : ut consequenter eo die ad salutem regenerari ex unda vos pareat, quo natum redemptioni suæ cæli Dominum mundus accepit. Igitur qui celebrer est natalis Domini, sit et vestri ; quo vos scilicet Christo, quo Christus ortus est mundo : in quo vos animam Deo, vitam præsentibus, famam posteris consecratis.

Quid jam de ipsa gloriosissima regenerationis vestræ solemnitate dicatur ? Cujus ministeriis etsi corporaliter non accessi, gaudiorum tamen communione non defui. Quando quidem hoc quoque regionibus nostris divina pietas gratulationis adjecit, ut ante baptismum vestrum ad nos sublimissimæ humilitatis nuntius perveniret. Unde nos post hanc expectationem jam securos vestri sacra nox reperit.

Conferebamus namque, nobiscumque tractabamus, quale esset illud, cum adunatorum numerus pontificum, manus sancti ambitione servitii membra regia undis vitalibus confoveret : cum se Dei servis inflecteret timendum gentibus caput : cum sub casside crines nutritos salutaris galeæ sacræ unctionis indueret : cum

les auteurs de grandes choses, vous avez voulu être l'auteur de plus grandes choses encore ; vous êtes l'égal de vos aïeux, parce que vous régnerez dans le siècle ; vous fondez une dynastie, parce que vous régnerez dans le ciel.

Que la Grèce se félicite d'avoir un prince soumis à notre sainte loi ; cet avantage, quelque grand qu'il soit, ne peut, seul, l'illustrer, aujourd'hui que la lumière se répand sur le reste du monde, puisque, dans la personne d'un roi d'une antique race, un astre nouveau jette son éclat sur l'Occident ; astre qui, pour montrer son premier rayon, a si merveilleusement choisi le jour de la Nativité de N. S. ; puisque, comme une conséquence nécessaire, vous avez été, pour votre salut, régénéré dans les saintes eaux du baptême, le jour même où le monde a reçu du ciel le Sauveur né pour sa rédemption ; le jour de la Nativité du Seigneur est un jour à jamais célèbre ; qu'il en soit ainsi de celui où vous avez consacré votre âme à Dieu, votre vie à vos contemporains et votre gloire à vos descendants.

Que se dit-il de la glorieuse solennité de votre régénération ? Quoique je n'aie point assisté à ces pompes, j'ai participé à leurs joies. Puisque la bonté divine ajouta ce sujet de bonheur à nos contrées, qu'un messager à nous envoyé, par un effet de votre sublime humilité, arriva avant la cérémonie ; notre anxiété avait disparu, et la nuit sacrée de la Nativité nous a trouvés assurés de vous.

Nous en suivions en esprit toutes les phases ; nous voyons la troupe des pontifes répandre sur vos membres royaux les ondes vivifiantes ; nous voyons cette tête redoutée des nations se courber devant les serviteurs de Dieu ; ses cheveux nourris sous le casque revêtir l'armure de l'onction sainte, et ce corps purifié

intermisso tegmine loricarum immaculati artus simili vestium candore fulgerent. Faclet, si quid creditis, regnum florentissime, faclet inquam iadumentorum ista mollities, ut vobis deinceps plus valeat rigor armorum : et quidquid felicitas usque huc præstitit, addet hinc sanctitas.

Nulla igitur patria quasi speciali sede sibi vendicet totis quos honorum gradibus attollitis. Constat vos esse, quo communis uno solis jubare omnia perfruuntur. Vicina, quidem, plus gaudent lumine, sed non carent remottora fulgore. Quapropter radiate perpetuum præsentibus diademate, absentibus majestate. Successus felicitum triumphorum, quos per vos regio illa gerit cuncta concelebrant. Tangit etiam nos felicitas. Quotiescumque illic pugnatis vincimus. Inter hæc tamen catholicæ religionis affectum servat in vobis cura miserandi : et in aspice rerum omnium gubernacula continenté non minus eminet sanctitas, quam potestas.

Ex qua utique factum est, ut dirigi ad vos servi vestri, viri illustris, Laurentii filium principali oraculo juberetis : quod apud domnum meum, suæ quidem gentis regem, sed militem vestrum obtinuisse me suggero. Nihil quippe est in quo servire non potest. Commendat directum. Congaudi misso, invidi vos visuro. Cui minus computandum est ad utilitatem parenti proprio restitui, quam patri omnium præsentari.

déposer la cuirasse de fer pour briller sous la robe du nouveau chrétien ; si vous croyez, elle fera de vous le plus puissant des rois ; cette mollesse de vos vêtements vous vaudra, dis-je, plus, dans la suite, que les armes les plus redoutables, et la sainteté augmentera tout ce que la fortune vous avait accordé jusqu'ici.

Désormais toutes les contrées sont égales. Il est certain que vous êtes semblable au soleil dont les rayons vivifient tout ; les régions les plus prochaines sont, il est vrai, réjouies par la lumière ; mais celles qui sont plus éloignées jouissent aussi de sa splendeur ; c'est pourquoi brillez perpétuellement par l'éclat de votre couronne sur celles qui vous sont soumises, et par votre grandeur sur celles qui ne vous le sont pas encore. Vos triomphes sont célébrés en tous lieux, vos succès sont les nôtres ; quand vous combattez, c'est nous qui remportons la victoire. Au milieu de ces grands événements, votre magnanimité compatissante maintient en vous l'amour de la religion catholique ; et dans le gouvernement des empires la sainteté ne brille pas d'un moins vif éclat que la puissance.

C'est pour cela, sans doute, que vous avez prescrit par une ordonnance royale de conduire près de vous le fils du très-illustre Laurent, l'un de vos sujets ; je m'applaudis d'avoir obtenu de l'empereur mon maître l'envoi de ce chef de sa nation, mais cependant votre guerrier, car il n'est pas d'occasion dans laquelle il ne puisse vous servir. Je félicite l'envoyé, j'envie le bonheur qu'il aura de vous voir. Il devra regarder comme moins utile, pour lui, d'être rendu à son propre père, que d'être présenté au père de tous ¹.

¹ Ces derniers mots sont une allusion à la position du fils de Laurentius ;

Cette épître nous montre à chaque mot l'adulation montrant sous un voile transparent la véritable pensée qui animait l'épiscopat.

Il en résulte nécessairement que le chef des Francs n'était qu'un instrument qui devait abattre l'hérésie, restaurer la loi romaine, et ainsi, réunir dans la double communion religieuse et légale, tous les peuples naguère soumis à l'empire.

Et comme tous les peuples ariens avaient adopté ou fait respecter la loi romaine, une fois le schisme détruit, la puissance romaine se soumettait la puissance germanique; le christianisme l'idolâtrie; la science et la civilisation, l'ignorance et la barbarie; et l'empire était reconstitué.

A cette marque de déférence réunie à un sentiment de supériorité mal déguisé, viennent se joindre deux

elle a été l'objet des recherches de l'abbé Dubos, et au vol. II, p. 434 et suivantes, il entre dans de longs détails à ce sujet.

« Voyons, dit-il, quel était ce Laurentius, et quel service il était à portée de rendre à Clovis. » A ce propos l'abbé Dubos cite une lettre qu'il attribue à saint Avit, et que celui-ci aurait écrite, sous le nom de Sigismond, comte des Burgundes et fils de Gondebaud, à Vitalianus, l'un des sénateurs d'Orient.

Il en résulte, suivant lui, que le fils de Laurentius était prisonnier de Gondebaud et que Laurentius était dans la clientèle de Vitalianus; « il ne me reste plus, dit Sigismond à Vitalianus, qu'à vous recommander Laurentius qu'un ordre respectable appelle dans l'empire d'Orient; que ce fils, qui cherche son père dans des pays si éloignés, retrouve sa patrie dans votre maison. »

L'abbé Dubos ne peut parvenir à éclaircir cette affaire; « il paraît, dit-il, qu'il fallait que Laurentius, depuis qu'il était en faveur à la cour d'Anastase, ne s'y fût pas toujours conduit au gré de Gondebaud, puisque Gondebaud retenait les fils de ce Romain malgré leur père; qu'elle intrigue Laurentius y tenait-il au préjudice de Gondebaud? Je n'en sais rien; mais il paraît, par l'intérêt que prit Clovis dans les affaires de Laurentius auquel il fit rendre son fils par la médiation de Sigismond, qu'Avitus sut faire agir à propos, que l'intrigue dont se mêlait ou s'était mêlé Laurentius se tramait ou s'était tramée en faveur de Clovis. »

Pour nous Laurentius était du parti romain qui favorisait les Francs, d'accord en cela avec la politique de l'empereur d'Orient qui n'avait pas encore désespéré de reconquérir la Gaule et même l'Italie. En tous cas, ces détails expliquent l'envoi à Clovis du fils de Laurentius par Avitus, et le passage de la lettre de celui-ci, qui, sans cela, serait assez obscur. (Voir, d'ailleurs, M. Henri Martin pour l'interprétation de ce dernier passage de cette lettre, t. I^{er}, p. 427.)

autres missives, l'une du pape Anastase, l'autre de saint Remy.

La première atteste que dès le moment où Clovis s'est fait chrétien, l'Église attendait de lui qu'il détruisit la puissance des rois ariens; la seconde n'est qu'un acte de déférence adressé au roi nouvellement converti.

La lettre du pape est intitulée : Félicitations adressées à Clovis de ce qu'il a, récemment, reconnu le Christ : *Ad Clodoveum regem Francorum christianissimum gratulatur quod recens nomen Christo dederit.*

Tum gloriose filii in christiana fide, cum exordio nostro in pontificatu contigisse gratulamur, quippe sedes Petri in tanta occasione non potest non lætari cum plenitudinem gentium intuetur ad eam, veloci gradu, concurrere, et per temporum spatia repleri sagenam quam in altum jussus est mittere idem piscator hominum et celestis Jerusalem beatus claviger. — Quod serenitati tuæ insinuare volumus, per Eumerium præbyterum ut cum audiveris lætitiæ patris in bonis operibus, impleas gaudium nostrum. — Sis corona nostra, gaudeatque mater ecclesia de tanti regis quem nuper Deo peperit profectu. Lætifica ergo, gloriose et illustris filii, matrem tuam et esto illi in columnam ferream, nam refrigisset caritas multorum, et malorum hominum versutia navicula nostra feris fluctibus agitatur et despumantibus undis pertunditur. Sed speramus in spem contra spem et Dominum collaudamus qui eruit te de potestate tenebrarum, et in tanto principe providit ecclesiæ qui possit eam tueri, et contra occurrentes pestiferorum conatus galeam salutis induere. Perge igitur, dilecte et gloriose filii, ut Deus omnipotens serenitatem tuam et regnum cælesti protectione prosequatur, et angelis suis mandat ut custodiant te in omnibus viis suis,

Nous nous félicitons, fils très-glorieux, de ce que tu as adopté la foi chrétienne au moment où notre épiscopat commence; car le siège de saint Pierre ne peut que se réjouir dans une si grande occasion, lorsqu'il considère l'universalité des nations s'avancer vers lui d'un pas rapide, et avec la marche du temps remplir son filet, que celui qui est, en même temps, le pêcheur d'hommes et le portier de la Jérusalem céleste, a ordonné de jeter en pleine mer. — Nous avons voulu, par l'entremise du prêtre Eumerius, faire pénétrer dans l'esprit de ta sérénité qu'en même temps que tu connaîtras la joie du père des bonnes œuvres tu combleras la nôtre. — Sois notre couronne; que l'Église, notre mère, se réjouisse de la conversion d'un si grand roi qu'elle a enfanté à Dieu; réjouis donc ta mère, ô très-glorieux et très-illustre fils, et sois-lui comme une colonne de fer; car la charité se refroidit chez un très-grand nombre; et, par la ruse des méchants, notre vaisseau est agité par des flots tumultueux et troué par des ondes écumeuses; mais nous avons plus que l'espérance et nous louons le Seigneur qui t'a arraché à la puissance des ténèbres et pourvoit au salut de l'Église dans la personne d'un si grand prince qui veut la protéger contre les efforts de

et det tibi in circuitu de inimicis tuis victoriam ¹.

ses ennemis pestilentiels et revêtir l'armure du salut. Marche donc, cher et très-glorieux fils; que le Dieu tout-puissant protège ta sérénité et ton règne, et qu'il ordonne à ses anges de te garder dans ses voies, et qu'il te donne, dans ton entreprise, la victoire sur tes ennemis.

Saint Remy, de son côté, adressait bientôt une autre lettre à Clovis; nous la trouvons dans la *Collection des conciles* sous ce titre : *Epistola Rhemigii Rhemorum episcopi ad eundem Clodeveum, consolatoria in obitu Albofledis sororis ejus, quæ non multo post susceptum baptismum e vita migraverat*. Lettre de Remi, évêque du Remois, au même Clovis, consolation à l'occasion de la mort de sa sœur Alboflède, arrivée peu de temps après qu'elle eut été baptisée.

Nous ne reproduirons pas cette épître dans laquelle Remy savait donner à la consolation le caractère de la flatterie; nous n'aurons qu'à nous attacher à la phrase par laquelle elle est terminée et qui a un sens très-important, lorsqu'elle est rapprochée de celle par laquelle est elle-même terminée la lettre d'Avitus.

Nous avons vu Avitus envoyer à Clovis un jeune Gallo-Romain; le pape Anastase, un prêtre nommé Eumerius, sans doute entouré d'une haute considération; nous voyons ici saint Remy lui envoyer un prêtre qu'il qualifie de son intime ami, et qu'il met sous sa protection : En saluant votre gloire, lui dit-il, je vous *recommande* mon intime ami Maccolus, prêtre que je vous envoie : *Salutans gloriam vestram, commendo familiarem meum presbyterum Maccolum quem direxi*.

Il va plus loin, il offre de venir lui-même, bravant les rigueurs de l'hiver et la fatigue du voyage : *Si jubetis ut vadam, contempta hiemis asperitate, frigore neglecto, itineris labore calcato, ad vos, auxiliante Domino pervenire contendam*.

Il est inutile, sans doute, d'insister sur l'esprit de cette correspondance; nous y trouvons la trace profonde du travail qui s'opère entre les deux puissances se disputant le monde pour se l'enlever ou se le partager.

Collection Labbe, t. IV, p. 1282. On y lit : « Huic epistolæ subjienda fuerat epistola Aviti Viennensis episcopi.

Voilà bien la lutte engagée : le barbare tenté par la civilisation et les restes de la puissance romaine ; doutant, en présence d'une faible armée de la constance de la fortune, et voulant s'appuyer sur une autre et plus efficace influence ; les représentants de la civilisation et des restes de la puissance romaine, voulant les conserver, et se mettant, au milieu des inimitiés qui les entourent et, en présence de la désorganisation de l'administration et des armées de l'empire, sous la protection de la seule force militaire qui s'offre à eux.

Cette lutte sera-t-elle égale ? La ruse inculte des barbares l'emportera-t-elle sur la vieille expérience des Romains ? Le christianisme, en acceptant le vainqueur qui se convertit à la loi évangélique, parviendra-t-il à le convertir à la civilisation ? Fera-t-il de la conquête un instrument de la restauration de l'empire, ou bien la barbarie renonçant à la gloire de cette œuvre qui aurait été la plus admirable des temps historiques, s'en tiendra-t-elle aux avantages restreints de la conquête, et sans renoncer à la foi religieuse, fera-t-elle de la religion un instrument dont elle usera pour lever toutes les difficultés qu'elle prévoit devoir rencontrer encore dans la consommation de la grande entreprise si heureusement commencée ?

Telles sont les questions que la conversion de Clovis et les lettres de saint Avit, d'Anastase et de saint Remy font naître, et que les conciles d'Orléans viennent résoudre.

Ces documents ne sont pas les seuls ; il en existe deux autres de la même nature qui, réunis aux précédents, jettent un grand jour sur cette situation ; l'un est une lettre de saint Remy écrite à Clovis au moment où il se prépare à porter la guerre chez les Wisigoths.

On la trouve dans la *Collection des conciles*, vol. X, p. 397 ; elle est ainsi instituée : Exhortation de Remy, évêque de Reims, au roi Clovis, au moment où il se préparait à la guerre gothique : *Epistola Remigii episcopi Rhemorum ad Clodoveum regem hortatoria, cum rex ad bellum Gothicum se accingeret.*

Ici l'élément romain semble avoir atteint le plus haut point de son influence et de son autorité ; sobre de louanges et de flatteries, la lettre abonde en conseils donnés d'un ton assez impérieux.

Remy évêque, au roi Clodovech, grand et magnifique par

ses mérites. *Domino insigni et meritis magnifico Clodoveo regi, Rhemigiûs episcopus.*

Il a appris par la renommée que Clovis allait entreprendre une nouvelle guerre, *administrationem rei bellicæ secundam suscepisse*. Ce qui ne l'a pas surpris, car ce prince est, au commencement de la carrière, ce que ses aïeux ont toujours été : *Ut cæperis esse sicut parentes tui semper fuerunt*; cela dit assez brièvement, le vénérable prélat entre dans la série des conseils :

Consiliarios tibi adhibere debes, qui famam tuam possint ornare.

Et beneficium tuum castum et honestum esse debet.

Et sacerdotibus tuis honorem debetis deferre, et ad eorum consilia semper recurrere.

Quod si tibi bene cum illis convenit, provincia tua² melius potest constare. Civés tuos erige, afflictos releva, viduas fove, orphanos nutri, si potius est quam erudies, ut omnes te ament et timeant. Justicia ex ore vestro procedat, nihil sit sperandum de pauperibus vel peregrinis, ne magis dona aut aliquid accipere velis. Prætorium tuum omnibus pateat, ut nullus exinde tristis abscedat.

Paternas quascumque opes possides, captivos exinde liberabis, et a joug servitutis absolvas. Si quis in conspectu vestro venerit, peregrinum se esse non sentiat.

Tu devras t'entourer de conseillers qui puissent contribuer à ta gloire.

Ton autorité¹ doit être pure et intègre.

Tu devras rendre honneur à tes prélats et avoir, sans cesse, recours à leurs conseils.

Si l'harmonie règne entre eux et toi, ton gouvernement pourra en être plus fort. Relève les citoyens de leur abaissement, console les affligés, protège les veuves; ne te borne pas à nourrir les orphelins, instruis-les, afin que tous t'aiment et te respectent; que la justice sorte de ta bouche sans que tu exigés rien des pauvres et des étrangers, n'accepte plus d'eux ni dons ni quelque chose que ce soit, que ton tribunal soit accessible à tous, et que personne n'en sorte affligé.

Tu possèdes toutes les richesses de tes pères, tu en feras usage pour délivrer les captifs et les affranchir du joug de la servitude; que personne ne se sente étranger devant toi.

¹ Nous traduisons le mot *beneficium* par les mots *pouvoir, autorité*, quoique l'abbé Dubos le traduise par le mot *bénéfice militaire*, parce que 1° les adjectifs qualificatifs *castum et honestum*, réunis au substantif *beneficium*, ne permettent pas de douter qu'ils ne se rapportent directement à ce dernier mot, et déterminent ainsi un sens exclusif de celui que lui donne l'abbé Dubos; 2° et parce que le mot *beneficium* n'a pas le sens que lui donne l'abbé Dubos qu'en s'éloignant de son sens primitif et radical, qui a pour acception, entre autres, celle d'*administration*.

² V. Vicat : *Ipsamque provinciam administrationem sæpe significat.*

Cum juvenibus jocare, cum senibus tracta, si vis regnare, nobilibus judicari¹.

Prends tes plaisirs avec la jeunesse, mais traite les affaires avec les vieillards; si tu veux régner, sois-en jug digne.

A cette lettre peu flatteuse, il ne paraît pas que Clovis ait rien répondu; il se borna sans doute à manifester la plus grande déférence envers les prélats, pendant la guerre, et la dévotion aux saints les plus vénérés de l'Église; il reçut la

¹ M. l'abbé Dubos traduit cette lettre ainsi : « Nous apprenons par la renommée que vous êtes chargé de l'administration de la guerre, et je ne suis pas surpris de vous voir ce que vos aïeux ont toujours été. — Il s'agit, maintenant, de répondre aux vues de la Providence qui récompense votre modération en vous élevant à une dignité si éminente; c'est la fin qui couronne l'œuvre; prenez donc pour vos conseillers des personnes dont le choix fasse honneur à votre discernement; ne faites pas d'exaction dans votre bénéfice militaire; ne disputez point la préséance aux évêques dont les diocèses se trouvent dans votre département, et prenez leurs conseils dans les occasions. Tant que vous vivrez en bonne intelligence avec eux, vous trouverez toutes sortes de facilités dans l'exercice de votre emploi. Faites du bien à ceux qui sont de la même nation que vous, mais soulagez tous les malheureux et surtout donnez du pain aux orphelins avant même qu'ils soient en âge de vous rendre quelque service. C'est le moyen de vous faire aimer par ceux même qui vous craindront. Que l'équité préside à tous les jugements que vous rendrez, et que l'injustice n'ose plus se promettre la déponille du faible et de l'étranger. Que votre prétoire soit ouvert à tous ceux qui viendront demander justice à ce tribunal, et que personne n'en sorte avec le chagrin de n'avoir pas été entendu. Vous voilà possesseur de toute la fortune de votre père, servez-vous-en pour acheter des captifs, mais que ce soit afin de leur rendre leur liberté; que ceux qui auront affaire à vous n'aient pas sujet de s'apercevoir qu'ils sont d'une autre nation que la vôtre; admettez des jeunes gens à vos divertissements, mais ne parlez d'affaires qu'avec vos sénieurs ou vieillards; enfin, si vous voulez être bien obéi, faites voir les inclinations d'un jeune homme digne de commander. » (Vol. II, p 271.)

Déjà il avait dit, t. II, p. 187 : il est très probable que Childéric soit mort maître de la milice romaine; et il prétend, ensuite, qu'il est probable que Clovis lui succéda dans cette fonction.

Si la traduction de l'abbé Dubos n'avait que ce résultat d'enlever au texte sa noblesse et sa dignité, on n'aurait rien à dire; mais, en comparant ce texte à cette traduction, il est par trop évident que celle-ci était arrangée pour justifier le système que M. Dubos voulait faire prévaloir, et qui consistait à réduire Clovis au rôle d'un simple officier de l'empire; la suite et les événements qui ont précédé et accompagné ces démarches de l'épiscopat gallo-romain auprès du chef des Francs, prouvent et ont bien prouvé le contraire.

Ce système est adopté ainsi que cette traduction par M. de Petigny qui,

bénédiction de saint Remy, fit vœu, dans le cas où il remporterait victoire, de bâtir une basilique sous l'invocation de saint Pierre et de saint Paul; dans sa marche il affecta un profond respect pour les possessions de l'Église et particulièrement pour celle de saint Martin de Tours.

Il eut recours à l'augure tiré par le *sort des Saints*, encore

allant plus loin, tâche de démontrer que cette lettre a été écrite à Clovis aussitôt après la mort de Childéric, son père, auquel il succédait, *comme patrice*.

Mais M. de Petigny perd de vue que le savant collectionneur des conciles place cette lettre au moment où Clovis entreprenait la guerre Gothique, *cum rex ad Bellum Gothicum se accingeret*, et que, d'ailleurs, il en résulte bien que Clovis était déjà reconnu comme souverain de la Gaule jusqu'à la Loire, ainsi que l'attestent non-seulement ces mots : *Et beneficium castum, et honestum esse debet*, mais encore la qualification de *roi grand et magnifique*.

Aussi les efforts que fait M. de Petigny pour expliquer le passage de la lettre : *cives tuos et sacerdotibus tuis*, démontrent qu'elle appartient à un temps plus récent; il est bien évident que ces mots ne peuvent s'appliquer qu'aux Gaulois et à l'épiscopat gaulois, mais, alors, il fallait que Clovis fût plus qu'un simple officier ou même un dignitaire romain; et d'ailleurs il résulte, de son ensemble, qu'elle ne peut s'adresser qu'à un prince chrétien.

On ne peut aussi négliger le mot *secundam* se rapportant au mot *administrationem rei bellicæ* exprimant une nouvelle guerre à laquelle le roi des Francs se préparait. *Se accingeret*.

M. Henri Martin parlant de cette lettre, t. I^{er}, p. 409 et 410, traduit le mot *beneficium* par celui de *bénéfice*, pour y ajouter, comme le fait l'abbé Dubos, l'épithète de militaire, et fait observer que cette expression était appliquée par les Romains aux possessions des rois barbares *dans ce qui avait été à l'empire*; il resterait à décider si, dans la situation où se trouvait Clovis, il s'agissait de ses possessions qu'il tenait de son père Childeric ou de celles qu'il avait conquises.

Il ajoute : « Les premières lignes de cette lettre semblent se rapporter à « l'avènement de Chlodowig, mais le reste conviendrait mieux à une époque « plus avancée de sa vie. » Cependant, dans les premières lignes, on voit que Remy attribue la position de Clovis à *sa modération*; or il avait seize ans quand il hérita de son père, et il aurait été difficile de lui attribuer cette qualité dont il n'avait pu encore donner la preuve; et il ne serait pas parvenu au *summum culminis* dont il est question dans ce passage; *hoc in primis agendum, ut domini judicium a te non vacillet, ubi tui meriti qui, per industriam humilitatis tuæ ad summum culminis pervenit*.

Enfin M. Henri Martin reconnaît que dom Bouquet et Fauriel rejettent la date de ce document à l'année 507, c'est-à-dire au moment où Clovis se préparait à la guerre gothique; il dit, il est vrai, que cela lui paraît tout à fait inadmissible, et croit qu'il ne peut être postérieur à l'année 493 ou tout au plus à l'année 497. Il n'en donne pas la raison, et il nous est impossible

en usage dans l'Église, malgré son origine païenne, c'est-à-dire qu'il chargea un ecclésiastique d'aller chercher dans la cathédrale de Tours un présage emprunté au passage d'un livre saint ouvert au hasard; mais, à cela près, et ces actes ont bien, il est vrai, leur importance et leur signification, ils sont sa seule réponse à la lettre de saint Remy.

Après la victoire remportée sur les Wisigoths, Clovis écrivait, et cette lettre est le quatrième document qu'il convient de réunir aux précédents, une circulaire adressée à tous les évêques, par laquelle il leur permettait de mettre en liberté tous les clercs et même tous les laïques qui auraient été faits prisonniers durant la guerre.

On trouve cette lettre dans le *Recueil des conciles*, vol. X, p. 398, sous ce titre : Lettre du roi Clovis aux évêques, écrite après la guerre gothique, touchant les captifs, tant clercs que laïques qui doivent être remis en liberté à la volonté et sous le témoignage des évêques : *Epistola Chlodovei regis ad episcopos post bellum Gothicum scripta, de captivis tum clericis tum laicis, episcoporum arbitrio et testimonio, relaxandis.*

Le titre de cette épître suffit pour en déterminer le caractère et la portée; Clovis donne aux prélats les pouvoirs les plus étendus pour protéger les femmes consacrées à la religion, les clercs et les esclaves des évêques, afin qu'ils n'éprouvent ni dommages ni violences : *Ut nullus ex ipsis aliquam violentiam vel damnum pateretur.* On ne doit s'arrêter qu'aux deux phrases qui la terminent : « Car si vous reconnaissez « quelque personne, tant clerc que laïque, étant en notre « paix, qui en ait été ôtée, vous nous adresserez, par toutes « les voies que vous jugerez convenables, vos lettres scellées « de votre anneau, et vous pouvez être assurés que nous sanc- « tionnerons votre décision. Cependant, comme votre peuple

de la trouver dans les événements se reportant à l'une ou à l'autre de ces années.

Nous terminerons cette note en rappelant les plaintes de Montesquieu à l'occasion du mode de traduction adopté par l'abbé Dubos; Montesquieu, rapportant ce texte de Grégoire de Tours : « Multos de Francis qui, tempore « Childeberti regis, ingenui fuerant, publico tributo subegit, » s'écrie : Il n'y a point de grammairien qui ne pâlisse en voyant comment ce passage a été interprété par M. l'abbé Dubos, et il continue cette critique dans tout le reste de son chapitre qui est le 12^e du livre XXX.

« demande que vous justifiez les pouvoirs que vous avez de délivrer ces lettres à chacun, vous l'affirmerez, sans retard, par le serment prêté au nom de Dieu, et avec votre bénédiction, car on montre une grande quantité de lettres qui sont fausses et controuvées; ainsi on ne pourra pas dire : *« Le juste est confondu avec l'impie »*¹; priez pour moi mes saints seigneurs, et pour le siège apostolique du saint-père². »

Ainsi pendant les onze années qui se sont écoulées entre le baptême de Clovis et la fin de la guerre gothique, c'est-à-dire de l'année 496 à l'année 507, l'harmonie la plus parfaite semble avoir régné entre le chef du peuple vainqueur et l'épiscopat.

C'est alors que le roi des Francs reçoit de l'empereur d'Orient le titre de consul, et que copiant les héros de Rome, il se décerne le triomphe et qu'il prend la qualité d'empereur et d'auguste.

Il est donc évident que l'élément romain l'emporte, qu'il est parvenu, par la puissance de la foi, de la morale évangélique, par la majesté des rites de la religion chrétienne et le respect que la grandeur de Rome et de la civilisation romaine imposaient aux peuples barbares, à subjuguier le chef suprême du peuple franc.

Et, cependant, à ce moment même, les actes les plus solennels de la religion qui se confondaient alors avec les actes politiques et d'administration publique des nations, viennent nous révéler l'affaiblissement de l'élément romain et la prédominance de l'élément germanique.

Le saint-siège était dans une telle situation que Clovis engageant l'épiscopat à prier pour lui, l'invitait aussi à prier pour le saint-siège, et que l'Église gauloise séparée matériellement de Rome, voulant enfin donner une direction aux affaires de la religion, réunit sa prélature, en concile, dans la ville d'Orléans.

Si l'élément romain prédomine, si Clovis n'est, comme le

¹ Ici la lettre de Clovis fait allusion à un passage de la Genèse par ces mots : *perit justus cum impio*; on lit au chap. 18, verset 23 de ce livre : *Numquid perdes justum cum impio*.

² « Nam de his qui in pace nostra, tam clerici quam laici subrepti fuerint; si veraciter agnoscitis, vestras epistolas de annulo vestro infra signatas sic ad nos omni modis dirigatis et a parte nostra præceptionem latam noveris esse firmandam, etc... »

prétend l'abbé Dubos, qu'un simple officier de l'empire, cette réunion sera spontanée; elle aura lieu par les évêques eux-mêmes, agissant dans toute leur indépendance; le pouvoir militaire n'interviendra que pour se soumettre aux canons qui émaneront de cette assemblée, et il n'en ressortira rien qui puisse porter atteinte à l'initiative du saint-siège, ou au moins à celle de l'épiscopat gaulois, forcé d'agir en dehors de cette autorité et de cette initiative.

Mais si le contraire arrive, si cette convocation n'a lieu qu'en vertu de l'autorisation royale, si elle altère l'autorité pontificale par son immixtion dans les affaires de l'Église et dans sa constitution, si, enfin, les canons, pour faire autorité, sont rendus sur une série de questions posées par le pouvoir royal, s'ils ont besoin de sa sanction, il sera de la dernière évidence que l'élément germanique prédomine déjà, malgré sa soumission relative à l'élément romain, sur cet élément, lui-même; et que le vainqueur s'en tient à sa conquête sans se préoccuper du sort de l'empire dont il se sépare d'une manière absolue.

C'est ce qui résulte, manifestement, de la première de ces réunions, remontant à l'année 511.

On avait cru d'abord, que la lettre de Clovis à l'épiscopat gaulois avait trait à la convocation de cette assemblée; mais cette proposition est victorieusement combattue par Sirmond dans un court chapitre intitulé : *Admonitio ad lectorem de epistola sequenti*, placé à la tête de cette épître, comme cette phrase l'indique d'ailleurs suffisamment.

Il est évident qu'elle n'a aucun rapport avec cette réunion, car elle a été écrite pour une toute autre cause, à l'universalité des évêques, aussitôt après la *guerre gothique*.

Les actes qui précèdent s'en détachent donc certainement; et ce que nous trouvons dans la délibération de ce concile devra être considéré comme constituant un état nouveau, ou plutôt comme constituant la manifestation du véritable caractère des rapports du chef des Francs avec l'épiscopat des Gaules.

Ce caractère accuserait une véritable hypocrisie de la part de Clovis, à moins qu'on ne s'arrête à cette pensée que, personnellement, il était disposé à embrasser le parti de la restauration de l'empire, au moins dans l'ancienne province

gauloise, et que, s'il n'a pas donné suite à ce projet, c'est qu'il a obéi à l'influence de sa tribu qui, persistant dans les traditions germaniques, voulut profiter de tous les avantages que lui assurait la victoire.

Cependant on a recherché la véritable date, l'occasion et l'auteur de la réunion de ce concile.

Sur le premier point, Sirmond nous apprend que cette date doit être fixée au consulat de Félix¹, c'est-à-dire à l'année 511, à laquelle mourut Clovis, et le même commentateur fait observer qu'on ne peut, sans erreur, fixer la mort de ce prince avant cette époque, puisque c'est dans cette même année et par ses ordres (*cum ipso superstite et jubente*) que le concile a été célébré; et qu'il ne peut être reporté, par une appréciation hasardée beaucoup au delà de cette année, ainsi que nous l'apprennent, ajoute-t-il, les époques des conciles suivants, réunis dans la même ville².

Binius, de son côté, prétend nous apprendre qu'elles furent l'auteur et l'occasion de ce concile : invoquant le témoignage de Hincmar, dans son ouvrage intitulé : Des actes de saint Remy, *De rebus gestis sancti Remigii*, il dit : *Per consilium B. Remigii in Aureliana civitate episcoporum synodum convocavit.*

Voilà l'auteur connu; quant à l'occasion, Binius l'exprime en ces termes :

Clovis, roi très-chrétien, supportait avec douleur que l'arien Alaric possédât l'empire de la noble province des Gaules; le bienheureux Remi, de son côté, persuadait au prince puissant et nouveau chrétien que toutes choses prospèreraient si, avant tout, pour combattre les ennemis, il pourvoyait au meilleur état de la religion; s'il construisait des temples à l'honneur de Dieu; et ayant convoqué un concile, s'il prenait soin de réformer la discipline de l'Église près de périr; et enfin s'il ne s'opposait à ce qu'aucune violence, aucun tort et aucune injure ne fussent faits aux choses sacrées.

¹ On remarquera la forme toute romaine de cette indication; tous les actes publics de l'empire étaient indiqués par le nom du consul en exercice.

² « Ante hunc prorsus annum statui Chlodovei obitus sine errore non potest, cum ipso superstite et jubente celebratum eodem anno sit concilium; nec multo fortasse ultra hunc annum deferri, ut sequentium conciliorum epochæ docebunt. » (Notes du premier concile d'Orléans, t. X, *Conciliorum*, p. 409.)

Le roi très-pieux, poussé par ces conseils, ayant fait, dans un sentiment de piété, tous les préparatifs de la guerre et disposé toutes les affaires de son gouvernement, remporta le glorieux triomphe de la victoire sur le roi arien vaincu et renversé¹.

Mais nous avons exposé les raisons d'exclure cette explication, et revenant à la lettre encyclique de Clovis, nous ajouterons qu'elle appartient à une époque antérieure à la fin de la guerre gothique, c'est-à-dire aux calendes de l'année 507, tandis que le concile n'a été tenu qu'en 511; c'est pourquoi Sirmond, la séparant du concile, nous dit qu'elle a été éditée séparément, et au lieu qu'elle doit occuper : *Quare a concilio sejungenda seorsimque suo loco edenda fuit.*

C'est ainsi que nous pouvons, nous plaçant exclusivement en présence de ce concile lui-même, et par l'examen du texte tel qu'il nous est parvenu, reconnaître le pouvoir qui dominait au moment de sa réunion, sous quelle influence elle a eu lieu, et nous rendre un compte exact de la partie de ses délibérations et des conséquences qui, dès ce moment, y étaient attachées, soit qu'on le considère au point de vue de la nature du régime légal qui tendait à se constituer alors, soit qu'on le considère au point de vue de la constitution de l'Église galloise.

Le titre donné à ce concile lui-même est d'une grande importance, il est ainsi conçu : Premier concile de trente-deux évêques réunis à Orléans, célébré à la convocation de Clovis, roi des Francs, le sixième jour des ides de juillet, Félix homme très-illustre étant consul, l'an du Christ, 511, le treizième du pontificat de Symmaque, le trentième du règne de Clovis².

Ainsi les évêques, en se réunissant au nombre de trente-deux, ne cédaient pas seulement à l'autorisation du roi, mais encore obéissaient à l'ordre qu'ils en avaient reçu.

En effet, le concile lui envoyant ses canons, pour lui de-

¹ « Quibus consiliis rex pientissimus inductus, his aliisque bellicis apparatibus religiose preparatis, de rege ariano devicto et prostrato, gloriosæ victoriæ triumphum comparavit. » (Binusius, *eod. loco*, p. 411.)

² « Concilium Aurelianense I, XXXII episcoporum Clodovei Francorum regis evocatione celebratum. Sub die VI idus Julius felice viro clarissimo consule, etc... »

mander qu'il les approuvât, lui écrivait la lettre suivante que nous trouvons en tête de ses délibérations sous ce titre : Lettre du synode au roi Clovis : Tous les évêques auxquels vous avez ordonné de venir au concile à leur seigneur, fils de l'Église catholique, le roi très-glorieux, Clovis¹.

« Puisqu'un si grand zèle vous anime pour le culte de la
 « glorieuse foi catholique, que par un sentiment bienveillant
 « pour le sacerdoce, vous avez ordonné que les prélats trai-
 « teraient dans un synode des *affaires urgentes, suivant votre*
 « *volonté et les articles que vous nous avez indiqués*, nous vous
 « transmettons la solution qui nous a paru convenable, afin que,
 « *si vous approuvez ce que nous avons décidé*, le consentement
 « d'un si grand roi et l'autorité du *souverain maître* assurent
 « l'observance de la délibération d'un aussi grand nombre de
 « prélats².

Il ne peut, comme on le voit, y avoir aucun doute sur l'origine toute séculière de cette convocation des évêques de la partie de la Gaule qui, plus particulièrement, appartenait aux Francs. Voyons quelles étaient ces questions et quelles furent les réponses qu'elles reçurent dans cette assemblée³.

EUGÈNE BIMBENET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

¹ « Epistola synodi ad Chlodoveum regem. Domino suo catholicæ ecclesiæ filio Chlodovecho gloriosissimo regi, omnes sacerdotes quos ad concilium venire jussisti. »

² « Quia tanta ad religionis catholicæ cultum gloriosæ fidei cura vos excitat, ut sacerdotalis mentis affectu sacerdotes, de rebus necessariis tractaturos in unum colligi jusseritis, secundum voluntatis vestræ consultatorem, et titulos quos dedistis, ea quæ nobis visum est definitione respondimus, etc... » (*Conciliarum*, 8, 10, p. 400.)

³ De Hericourt dit, en parlant des premiers conciles : « Pendant plusieurs siècles ou du temps des conciles sans la permission des papes, ce sont les rois de France qui ont convoqué les conciles nationaux ; sous les trois races de nos rois, les conciles d'Orléans, entre autres en 533 et 549, disent, comme tous les autres, qu'ils se sont assemblés par le commandement du roi de France. »

De Hericourt, dont les opinions jansénistes se révèlent à chaque page de son *Traité des lois ecclésiastiques*, ne prend pas en considération la situation de l'Église gauloise, à cette époque, et ne semble pas se douter de l'esprit des canons arrêtés dans ces assemblées; il aurait dû comprendre le concile de 511 parmi ceux réunis de l'ordre du roi; l'esprit de secte égare la science elle-même.

PHILOSOPHIE DU DROIT.

DES LIMITES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE**ET DE LA SOUVERAINETÉ SOCIALE.**

Par M. A. BERTAULD,

avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

QUATRIÈME ET DERNIER ARTICLE ¹.

Je place aujourd'hui la liberté individuelle en face de l'État.

L'État, puisqu'il est spécialement chargé du soin de faire régner la justice, c'est-à-dire de maintenir chacun dans la borne de ses droits et de ses aptitudes, comme agent actif, et de ses droits créés, réalisés, comme propriétaire, est investi de pouvoirs préventifs et répressifs qui ne lui sont contestés par qui que ce soit. Sûreté des personnes, sûreté des biens, c'est là son objet principal. Mais les pouvoirs de prévention et de répression de l'État n'ont-ils trait qu'aux rapports des individus entre eux? N'ont-ils pas des applications plus larges? Les pouvoirs de l'État se réduisent-ils d'ailleurs à la prévention et à la répression? Ne revêtent-ils pas aussi un caractère d'initiative, d'exemplarité, d'encouragement et de direction?

John-Stuart Mill ne traite pas explicitement ces questions que je n'ose aborder de front, et auxquelles je ne vais toucher que partiellement.

L'État prévient ou réprime le tort fait par l'individu au droit individuel d'autrui. N'est-il pas au moins armé du même pouvoir pour le mal que l'individu voudrait faire ou ferait à la société? Oui, l'État a, au profit du corps social, un pouvoir qui a encore plus d'étendue. La société peut empêcher l'individu de faire ce qui nuit à son existence ou à ses progrès à elle, comme être collectif, partant ce qui nuit à l'État qui la représente. Ainsi, elle a pour sa conservation des attributions plus larges que pour les individus dont elle ne défend que les droits.

Je ne me suis occupé jusqu'ici que de la prévention et de la

¹ V. *Revue critique*, t. XIX, p. 422; V. aussi t. XX, p. 121, 412 et 513.

répression du mal, c'est-à-dire des abstentions imposées aux individus. Mais l'État peut-il les soumettre, non-seulement à des abstentions, mais encore à des services actifs? Peut-il légitimement contraindre l'individu à faire le bien de ses semblables?

Je n'ai pas préjugé cette question en parlant de l'obligation d'éducation imposée d'abord au père de famille et subsidiairement à l'État. En effet, le pouvoir paternel, comme tout pouvoir, entraîne des charges. L'intérêt des enfants ne saurait être considéré comme l'intérêt d'autrui. Enfin la désertion des soins tutélaires est, on le soutient au moins, et je n'ai pas ici à examiner incidemment la question, une atteinte, non pas à un simple intérêt, mais à un droit : le droit qui résulte pour l'enfant de l'existence que le père lui a donnée et qu'il doit compléter.

La question de savoir si l'individu peut être astreint par la société à faire le bien d'autrui reste donc entière. Pour la résoudre, il faut distinguer entre l'intérêt individuel et l'intérêt social. L'intérêt individuel, en tant qu'intérêt individuel, n'a aucun titre au sacrifice d'un autre intérêt individuel. Et ce titre, la société ne saurait sans usurpation le créer. Ce serait l'octroi d'un privilège aux dépens d'autrui. Entre les individus, le droit seul réclame satisfaction et courbe les intérêts particuliers devant lui. Si la liberté de l'un peut froisser, léser, non la liberté, mais l'intérêt de l'autre, comment sans contradiction, nous qui lui reconnaissons le droit de nuire, lui imposeriez-vous l'obligation d'être bienfaisante? Pour l'homme, le devoir de faire du bien à ses semblables n'est qu'un devoir imparfait, un devoir qui exclut la sanction sociale.

Mais l'État peut astreindre l'individu, non-seulement à des abstentions, mais à des services actifs au profit de l'intérêt collectif. De là les impôts, la conscription, l'inscription maritime.

Les sacrifices que l'État réclame ne sont-ils destinés qu'à faire face aux dépenses et aux soins dont il est chargé pour garantir la sécurité intérieure ou extérieure, pour affranchir les citoyens des troubles, des dangers du dedans et du dehors? Non, l'État n'a pas seulement une mission défensive; il est le représentant des intérêts généraux. Les intérêts généraux sont, sans doute, ceux de tout le monde ou au moins du plus grand

nombre. Mais ils peuvent ne pas être assez directs, assez prochains, assez immédiats pour être bien compris de chacun, et fussent-ils parfaitement compris qu'il pourrait ne pas y avoir unanimité sur la résolution, ou au moins sur le moyen de leur accorder satisfaction. Que d'intérêts collectifs matériels, que d'intérêts collectifs moraux surtout resteraient en souffrance, au grand détriment des intérêts particuliers, s'ils n'avaient un mandataire spécialement voué à leur défense ! L'affaire de tous n'étant l'affaire directe de personne serait singulièrement exposée à l'abandon si l'État ne l'entreprenait. Un pays serait-il sillonné de voies de communication, de routes, de chemins de fer, de canaux, aurait-il des ports, serait-il couvert d'établissements d'utilité publique, si l'on s'en rapportait à l'activité individuelle ?

Dans quels cas l'intérêt social légitime-t-il les sacrifices actifs imposés aux individus, soit aux dépens de leur liberté, soit aux dépens de ses produits ? L'intérêt, pour être réputé social à ce premier point de vue, semble devoir être, sinon identique et de même mesure pour tous, au moins susceptible de devenir commun à tous ou au moins au plus grand nombre ; le caractère d'intérêt social exclut toute idée de privilège, de monopole au profit d'une caste ou d'une classe, toute idée d'exclusion ; il suppose une accessibilité générale dans l'avenir et une grande portée d'application dans le présent.

Pour montrer la difficulté de cette partie du problème, je choisis parmi les questions controversées quelques exemples.

J'ai dit que le père qui ne remplissait ou ne pouvait remplir ses devoirs d'éducation n'avait aucun droit à opposer à l'État qui se chargeait des soins de cette éducation. Mais la difficulté résolue contre le père n'est encore que partiellement résolue. Si l'État s'impose cette mission, un accroissement d'impôt est nécessaire pour y faire face. Or, *pour l'enfant d'autrui*, subjurons-nous un nouveau prélèvement sur le résultat, sur les conquêtes de notre activité ? N'y aurait-il pas là une lésion de nos droits individuels ? L'enfant d'autrui n'a aucun droit direct sur notre patrimoine, sur nos revenus. Nous n'avons d'obligation qu'envers les enfants qui tiennent de nous l'existence. Comment l'enfant d'autrui acquerrait-il, par l'intermédiaire de l'État, un droit indirect sur nos biens ?

Cette objection, nous l'avons jugée à l'avance en jugeant le

point de savoir si l'individu peut être astreint par la société à faire le bien d'autrui. Non, avons-nous dit, si l'intérêt d'autrui n'est qu'un intérêt individuel; oui, si l'intérêt d'autrui est un intérêt social. Notre question particulière est donc celle-ci : Y a-t-il intérêt social à ce que les enfants, que leur famille prive de la vie intellectuelle et morale, soient mis en mesure de comprendre et de remplir les devoirs dont la société attend d'eux l'accomplissement quand ils seront devenus hommes?

Ramenée à ces termes, la question offre-t-elle un doute bien sérieux? A qui, dans tous les cas, appartient-il de la résoudre? A l'État.

Singulière garantie, direz-vous, pour la liberté individuelle. L'État est juge et partie. Si la souveraineté sociale n'a d'autres limites qu'elle-même, la souveraineté individuelle n'est qu'un mot, une fiction; si elle n'a pas la livrée de l'esclavage, elle en a la réalité.

Je réponds : La souveraineté sociale trouve sa limite, non dans ses fantaisies, mais dans la raison qu'elle a mandat de traduire. La présomption est qu'elle s'acquitte de ce mandat. Cette présomption est-elle convaincue de mensonge, la souveraineté change d'organes; le pouvoir se déplace. Mais, dans d'autres mains, avec plus ou moins de garanties, souveraineté et pouvoir vivront aux mêmes conditions, et la liberté individuelle restera exposée, sinon à la même mesure, au moins à la même nature de risques.

L'objection générale écartée, reste une objection spéciale.

Si l'État rend l'éducation obligatoire, et s'il la fournit, il pèsera sur la pensée, sur la conscience; il façonnera toute une génération à son image, et il cumulera le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel.

D'abord, le principe de l'éducation rendue obligatoire n'est nullement exclusif du droit des familles qui remplissent elles-mêmes ou à leurs frais, sous la surveillance de l'État, leurs obligations domestiques.

J'ajoute, et je puise textuellement cette réponse dans un livre d'un des plus vaillants défenseurs de la liberté individuelle : « Sans idées communes il n'y a pas d'action commune, et sans action commune il existe encore des hommes, mais non un corps social. Pour qu'il y ait société, et, à plus forte raison, pour que cette société prospère, il faut donc que tous

les esprits des citoyens soient toujours rassemblés et tenus ensemble par quelques idées principales; et cela ne saurait être, à moins que chacun d'eux ne vienne quelquefois puiser ses opinions à une même source, et ne consente à recevoir un certain nombre de croyances toutes faites...

« Il faut donc toujours, quoi qu'il arrive, que l'autorité se rencontre quelque part dans le monde intellectuel et moral. Sa place est variable, mais elle a nécessairement une place. L'indépendance individuelle peut être plus ou moins grande; elle ne saurait être sans bornes. Ainsi la question n'est pas de savoir s'il existe une autorité intellectuelle dans les siècles démocratiques, mais seulement où en est le dépôt et quelle en sera la mesure. » (*De la démocratie en Amérique*, 13^e édit., t. II, p. 7, 8, 9.)

De ce que l'État n'excède pas son droit en rendant l'éducation obligatoire et en la fournissant aux enfants qui en seraient privés sans son intervention, il faut se garder de conclure que ce service constitue, pour lui, une dette dont il soit tenu au même titre qu'il est tenu d'assurer la sécurité publique. La sécurité intérieure et extérieure, voilà l'objet direct et principal du devoir de l'État. Cette portion des attributions de la souveraineté constitue un devoir parfait, non pas en ce sens sans doute qu'un tel devoir ait une sanction dans la loi, puisqu'il n'y a d'autres sanctions sociales contre le souverain que les révolutions, mais en ce sens qu'une condition essentielle de la légitimité du pouvoir manque, s'il est incapable de sauvegarder l'ordre au dedans, et s'il ne combat pas les périls du dehors. Les enfants issus de parents qui ne remplissent pas envers eux leurs devoirs, n'ont pas contre l'État de droit, de droit naturel à l'éducation; le devoir de l'État est sous ce rapport un devoir imparfait, qui ne dérive pas de la personne des enfants; il ne peut dériver que de l'intérêt social.

J'insiste sur cette différence entre le devoir de l'État quant à la sécurité publique, devoir parfait, et les devoirs imparfaits, comme celui de fournir l'éducation aux enfants qui ne reçoivent pas ce bienfait de leur famille. C'est qu'en effet cette différence a été niée par un écrivain d'une grande portée d'esprit, M. Dupont White. Ce publiciste conclut de ce qu'aucun des devoirs de l'État n'engendre une *action*, qu'on doit les placer tous sur la même ligne.

« Nulle obligation de l'État n'est plus certaine que la protection due aux personnes et aux propriétés. Cependant pouvez-vous exiger de l'État¹ qu'il vous fasse escorter sur une route mal sûre, ou garder dans un temps d'alarmes? » Non, mais j'ai le droit de demander à l'État des mesures préventives, et, en tout cas, des sanctions répressives contre les voleurs. Je n'ai pas, il est vrai, de moyens de contrainte contre lui ; il ne serait pas souverain s'il avait des juges, s'il était exposé à une coaction. Mais, encore une fois, la souveraineté qui n'assure pas la sécurité des personnes et des biens est une souveraineté qui manque à une des conditions essentielles de son existence. La souveraineté qui ne juge pas convenable d'imposer l'éducation résout bien ou mal une question de sa compétence. Elle ne viole pas son mandat ; elle le remplit avec plus ou moins d'intelligence.

Cette question de l'éducation obligatoire à laquelle je n'ai touché qu'affin d'établir que l'État lui-même avait des devoirs parfaits et des devoirs imparfaits, est bien plus une question de droit, une question de souveraineté sociale, une question de politique, qu'une question économique. J'en ai pour garant un judicieux économiste qui s'excuse presque de lui consacrer quelques pages. Je le cite comme une preuve de plus que les individualistes ne sont pas toujours des logiciens à outrance, qu'ils hésitent, qu'ils tâtonnent et sont souvent embarrassés en face de leurs théories.

« Je n'ai pas le dessein de chercher à indiquer quel est le degré et quels sont les cas dans lesquels l'État peut et doit intervenir dans l'instruction. Ces questions ne sont point purement économiques ; elles appartiennent à la science politique, qui traite des rapports de l'individu et de l'État. Cependant elles ont un côté économique incontestable. C'est à l'économie politique, par exemple, qu'il appartient de remarquer, au sujet de la gratuité de l'instruction primaire, en complétant ses prescriptions par celles qu'elle emprunte à la morale, que la gratuité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel et dans le cas d'indigence démontrée. L'instruction est la dette du père de famille envers ses enfants et envers la société ; elle fait partie de ses obligations envers l'enfant, comme le devoir de l'alimenter, de le vêtir et de l'abriter. La gratuité admise

¹ *L'individu et l'État*, p. 90.

comme règle n'est qu'une forme de communisme, aussi peu conforme à la justice que toutes les autres et non moins contraire au principe de la responsabilité individuelle.

« Quant à l'obligation, on invoque contre elle des raisons analogues, avec moins de force cependant, pour ce qui concerne l'instruction primaire. L'instruction primaire est destinée à donner à l'esprit ce premier et indispensable aliment, sans lequel il est réduit à une sorte d'inanition. Cette espèce de famine morale peut-elle être tolérée? La question est difficile à résoudre en droit pur. Les républiques les plus libres ont rendu l'instruction primaire obligatoire, aussi bien que la Prusse, état monarchique et militaire. En fait, il est difficile de ne pas remarquer que ce sont les seuls pays où tout le monde sache lire et écrire. Ces divers États ont pensé que le père n'avait pas le droit de manquer à ses obligations envers l'enfant et envers la société elle-même, sans que celle-ci fût autorisée à intervenir. Ils n'estiment pas qu'il y ait tyrannie exercée, alors qu'ils déterminent le père de famille à payer une dette à laquelle il ne saurait manquer sans priver l'enfant d'une ressource nécessaire, l'État d'un citoyen utile, et sans mettre en péril la sécurité même par la relation qu'offre le crime avec la misère.

« Quoi qu'il en soit, ce n'est pas nous qui mettrons en doute la supériorité morale d'une nation dans laquelle le père de famille comprend et pratique ses devoirs, sans qu'un avertissement légal, qui suspecte sa bonne volonté, sans qu'une contrainte, toujours voisine de l'arbitraire même, viennent l'y obliger. Qui est-ce qui hésiterait à accorder la supériorité au père de famille qui tient à se ménager la reconnaissance de ses enfants par un sacrifice librement consenti, au lieu de n'être vis-à-vis d'eux qu'un débiteur passible de la contrainte par corps?

« Si jamais l'instruction obligatoire a été justifiée en droit, comme elle est incontestablement salutaire en fait dans le pays où elle règne, ce n'a pu être que comme un régime transitoire, destiné à venir se perdre un jour dans le grand courant de la liberté, comme tant d'autres moyens préventifs que l'esprit de civilisation a employés comme pis-aller. » (*Rapports de la morale et de l'économie politique*, par H. Baudrillart, p. 502-504.)

M. Rossi est beaucoup plus précis, beaucoup plus affirmatif : « Ce que l'État doit garantir aux populations, ce qu'il doit au

moyen de la caisse commune administrée par le gouvernement, mettre à la portée de tout le monde, peut-être même imposer, c'est un certain degré d'instruction et d'éducation¹. Je voudrais un mot qui réunit par un lien indissoluble les deux idées. » (T. I, p. 420-421.)

Je n'indique qu'un des motifs de M. Rossi, celui qui me paraît appartenir le plus au droit et à la politique.

« Le chef d'une manufacture refuse ou met à la porte les ouvriers par trop incapables ou désordonnés. La société peut-elle les expulser également du grand atelier national? Peut-elle également les jeter sur le pavé et les y laisser mourir de faim? La morale et la politique ne sauraient le permettre; l'économie politique non plus. Le manufacturier peut n'écouter que son intérêt, ou, si l'on veut, son droit. La loi le protège; l'œil de la police veille pour lui; la force publique garde sa maison. Mais, la société elle-même, qui la protège, qui la garde, lorsque la plupart de ses enfants sont abrutis par l'ignorance, excités par de mauvaises passions, égarés par la misère? Comment pourra-t-elle épurer de plus en plus ses tendances et ses goûts, ennoblir ses besoins, en étendre le champ et multiplier les moyens d'y pourvoir. » (*Cours d'économie politique*, t. I^{er}, p. 421-422.)

Toutes les questions d'assistance publique, de charité légale, de liste civile des pauvres, sont dominées par les mêmes considérations. Les solutions de principe, les mesures d'exécution dépendent de l'intérêt social. Elles n'ont rien d'absolu, varient avec les circonstances. Les pauvres n'ont de droits personnels exigibles ni contre les individus ni contre la société. Mais qui contesterait à un intérêt d'humanité et de civilisation le caractère d'intérêt général? Seulement cet intérêt, si respectable qu'il soit, pourrait être paralysé ou au moins très-limité par quelque nécessité supérieure de conservation du corps social.

Il ne faut pas croire qu'il n'y ait plus de controverses sur ce point. Ceux qui voient dans toute intervention de l'État, en dehors du devoir d'assurer la sécurité sociale, un envahissement du communisme, contestent que la charité soit un devoir pour l'être collectif, ou au moins restreignent singulièrement ce devoir.

¹ C'est dans une acception large que j'ai employé le mot éducation.

M. Dupont White, par réaction, assimile la charité légale au devoir de garantir la sûreté des personnes et des biens. « Il n'est pas, dit-il, dans la nature des devoirs de l'État de susciter des devoirs corrélatifs qui puissent être la matière d'une revendication juridique. » Oui, mais de ce que l'obligation relative à la sûreté des personnes et des biens n'a pas plus de sanction sociale que le devoir de la charité publique, je ne crois pas qu'on puisse conclure que ces deux devoirs sont de même nature. Le premier devoir est un devoir essentiel, fondamental ; le second devoir est accidentel et contingent. J'avais déjà signalé l'argument de M. Dupont White.

« On ne serait pas plus fondé, dans un cas de disette ou de chômage, à lui demander (à l'État) du pain ou du travail ; au nom de son devoir charitable, nul ne peut sommer l'État de ses obligations, pas plus la faim du pauvre que la terreur du riche ¹. »

Pour ceux, et je suis de ce nombre, qui attachent du prix aux solutions de l'Assemblée constituante, je rappelle deux paragraphes de la constitution du 3 septembre 1791 :

« Il sera créé et organisé un établissement général de *secours publics*, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer.

« Il sera créé et organisé une *instruction publique*, commune à tous les citoyens, gratuite à l'égard des parties d'enseignement indispensables pour tous les hommes, et dont les établissements seront distribués graduellement, dans un rapport combiné avec la division du royaume. »

Si la propriété individuelle est légitime et naturelle, parce que l'homme, né avec des besoins et des facultés aptes à les satisfaire, conquiert, non pas ce qu'il crée, car il ne peut rien créer, mais ce qu'il affecte à son utilité, ce qu'il soumet à sa puissance, ce qu'il marque du sceau de son activité et de l'empreinte de son travail, en tant qu'il ne lèse pas un droit antérieurement acquis par un autre agent moral et libre ; parce qu'en un mot la victoire de l'humanité sur la nature est l'objet de la destinée, de l'épreuve terrestre, et que par suite les idées de liberté et de propriété individuelles sont inséparablement unies, on peut se demander quelle est la mesure des droits de

¹ V. décrets des 28 juin et 8 juillet 1793 ; 11 et 19 mai 1794.

l'État sur cette propriété qu'il n'a pas inventée, mais qu'il garantit. Ses droits sont-ils supérieurs aux droits individuels? Et s'ils ne sont ni supérieurs ni même égaux, sont-ils pour cela nuls? Le devoir de protéger la propriété individuelle ne saurait se métamorphoser en droit de la confisquer et de la faire périr. Le devoir de sauvegarder n'est pas un devoir d'immolation. L'État a une mission de réglementation et de secours, non d'usurpation et d'absorption. Toutefois, ici encore, le droit individuel n'est pas absolu; il est limité par l'intérêt social. Maître de la chose qu'il s'est assimilée, l'individu peut en disposer, et en s'en dépouillant pendant sa vie pour la transmettre, ou même sans s'en dépouiller, en la transmettant à sa mort, il ne fait qu'user de sa liberté et de sa conquête.

La propriété individuelle n'est donc pas viagère. Sa transmissibilité n'est pas l'œuvre de la loi; elle est naturelle et rationnelle. La liberté testamentaire dérive du droit naturel d'appropriation. Elle n'en est que la continuation et la confirmation. — Bien loin de commettre un empiétement, le pouvoir, en consacrant cette liberté, remplit une de ses attributions essentielles.

Le pouvoir ne sort-il pas, au contraire, de son rôle quand il circonscrit la liberté testamentaire, par exemple, quand par l'institution de *réserves*, il frappe une certaine portion de la propriété individuelle d'indisponibilité, soit au profit des enfants, soit au profit des ascendants? On pourrait être tenté de le croire, et cette idée s'accréditerait d'autant plus facilement qu'on pourrait faire remarquer qu'aux États-Unis, c'est-à-dire là où l'individualité s'épanouit le plus, la faculté de tester est illimitée, et M. de Tocqueville a écrit : « Quand tous les vivants sont faibles, la volonté des morts est moins respectée. On lui trace un cercle très-étroit, et, si elle vient à en sortir, le souverain l'annule ou la contrôle. *Au moyen âge, le pouvoir de tester n'avait pour ainsi dire point de bornes.* » M. de Tocqueville a évidemment perdu de vue le droit coutumier qui, dans l'intérêt de simples parents collatéraux, paralysait le droit de tester sur ceux des biens qui avaient le caractère de propres, et il n'a pas tenu compte pour le pays de droit écrit des dispositions qui entravaient la liberté testamentaire. » Chez les Français de nos jours, on ne saurait distribuer son patrimoine entre ses enfants sans que l'État intervienne. Après avoir régenté la vie

entière, il veut encore en régler le dernier acte. » (*De la démocratie en Amérique*, t. II, p. 431.)

M. Jules Simon a présenté l'institution des réserves comme une institution politique. « La loi qui restreint la faculté de tester est purement et simplement une loi politique; mais une loi politique dont l'importance est capitale. C'est l'intérêt direct de l'État que les législateurs ont eu en vue; c'est la stabilité de tout l'édifice de la société civile, et le maintien des principes de 1789. » (*La liberté*, t. I, p. 336.)

Pour moi, j'y vois une institution naturelle. L'État déclare et ne crée pas le droit de l'enfant. Il le proclame; il lui assure satisfaction. Il pourrait intervenir pour restreindre dans l'intérêt de la famille la disponibilité de la fortune; si l'intérêt de la famille s'élevait pour lui à la hauteur d'un intérêt social, et s'il n'obéissait qu'à cette considération qui suffirait pour légitimer sa loi, cette loi aurait, comme le dit M. Jules Simon, un caractère exclusivement politique.

Mais si l'enfant a droit contre son père à l'éducation et aux secours de tout genre, à titre de continuation de l'existence, comment lui dénier, au moment où la mort de son obligé va enlever à l'obligation toutes les garanties d'exécution, le droit de prélever, sur le patrimoine paternel, une portion en rapport avec les besoins de sa position?

M. Rossi, M. Baudrillart ne se sont pas mépris sur le vrai caractère des lois de réserve. M. Baudrillart cependant semble appeler une modification à notre loi française dans le sens d'une liberté plus grande à conférer au testateur, et c'est un vœu auquel, pour notre compte, nous ne saurions nous associer.

Je voudrais ajouter aux arguments déjà produits en faveur de l'hérédité de la propriété un argument résultant du lien qui me semble unir la question de l'institution des réserves à la question de l'hérédité; comment contester la survie du droit de propriété au propriétaire, si la propriété reste affectée à l'acquit de dettes qui ne s'éteignent pas avec lui?

M. de Lamartine, lui aussi, dans ses idées flottantes sur le point de savoir si le droit de tester, ce despotisme absolu du propriétaire qui est aussi le supplément de l'autorité paternelle, si nécessaire au gouvernement de la famille, doit exister sans contrôle de l'État et de la loi des partages, me semble avoir trop oublié qu'il avait dit et merveilleusement dit :

« Supposez que le père en mourant emporte avec lui tout son droit de propriété dans la tombe, et que la propriété soit viagère dans le chef de cette société naturelle de la famille, le père mort, que devient l'épouse, la veuve, la mère? que deviennent les fils et les filles? que deviennent les aïeux survivants, les vieillards, les infirmes, les incapacités touchantes du foyer et du berceau? Sans l'hérédité, la propriété n'est plus qu'un court égoïsme, un usufruit qui laisse périr la meilleure partie de l'homme, l'avenir. »

Comment, à la lumière d'idées si élevées et si justes, a-t-il pu laisser indécises des questions qui n'ont besoin que d'être rapprochées de ces principes? » On se demande si le droit d'aînesse, cette espèce de jugement de Dieu qui tire au sort la propriété, ce droit du premier occupant dans la vie, doit être la loi de l'hérédité. On se demande si les sexes doivent faire des différences dans la loi de partage, si les filles, par leur état de faiblesse et de minorité, espèce d'esclavage attribué par la nature à la femme, doivent posséder des propriétés territoriales qu'elles ne peuvent pas assez défendre. On se demande si les fils nés après l'aîné du lit paternel doivent être déshérités de *tout* ou d'une partie par le droit d'aînesse qui les prime dans la vie. »

Le propriétaire qui meurt ne libère pas plus son patrimoine du droit de ses enfants et de ses ascendants qu'il ne le libère du droit des créanciers ordinaires dont ce patrimoine est le gage. La famille n'étant pas une création humaine, elle a des droits, et ces droits, le pouvoir social est chargé de les faire respecter.

Ce n'est pas que j'aie jusqu'à dire avec la loi de la Convention (7 mars 1793) : « La faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre-vifs, soit par donation contractuelle en ligne droite, est abolie. En conséquence, tous les descendants auront un droit égal à partager les biens de leurs ascendants. » Cette disposition exagérerait le droit des enfants et lui sacrifierait le droit du père de famille qui n'était plus un propriétaire, qui n'était qu'un usufruitier.

M. Émile de Girardin a écrit : « Est-ce que la loi qui, en matière de partage par le fait de succession, prescrit l'égalité, est plus fondée en raison que la loi qui avait établi l'inégalité? » — Oui, si en imposant au père de famille l'acquit d'une dette

elle fait une part à sa liberté. Telle est la solution de notre loi française, et je la tiens pour excellente.

La loi qui défend les substitutions est-elle une atteinte à la liberté individuelle? Non, elle la protège et l'assure. La liberté du père de famille n'est pas la servitude pour toute sa postérité ou pour une série indéfinie de successeurs. La liberté du père de famille entraîne pour lui le droit de choisir son continuateur, s'il ne s'en est pas créé à lui-même par la transmission du sang. Législateur de la fortune qu'il laisse parce qu'il vit quand il fait sa loi, il disposerait par la substitution, non du présent, mais de l'avenir; non de sa propriété, mais de la propriété d'autrui. Il aurait le droit d'enlever à ses descendants ou aux représentants qu'il s'est donné, la faculté de tester qu'il a exercée lui-même, et il les ferait propriétaires en les déshéritant des conséquences et des attributs de tout droit de propriété. La liberté des générations futures ne saurait être détruite au profit des caprices et des vanités de la génération présente. On s'étonne, en vérité, que des individualistes n'aient pas compris la contradiction dans laquelle ils tombent quand ils prêchent avec tant d'ardeur la liberté illimitée de tester pour arriver à légitimer les substitutions. Pour ne pas tomber dans des redites, je me borne à rappeler cette question que j'ai essayé de traiter ailleurs (V. *Philosophie politique de l'histoire de France*, p. 189, 190, 193).

N'y a-t-il pas au moins attentat à la liberté individuelle, dans les lois qui attachent au laps des ans l'effet d'éteindre les obligations et de créer des titres de propriété? La prescription n'est-elle pas une violence faite à l'œuvre du droit d'appropriation.

Grotius et Puffendorf ont soutenu que les lois de prescription n'étaient que l'expression de lois naturelles. Celui qui laisse prescrire contre lui, dit Grotius, aliène tacitement sa propriété. C'est une convention générale, admise dans toutes les sociétés, dit Puffendorf, qui attache la mort du droit à sa longue inertie.

Un jurisconsulte philosophe, M. Troplong qui a écrit de belles pages sur la légitimité de la prescription, pages qui ont d'autant plus d'importance que le grand écrivain ne s'est pas trompé sur l'origine du droit de propriété, a distingué entre la prescription de bonne foi et la prescription de mauvaise foi : la prescription de bonne foi n'est pour lui que l'expression du

droit naturel d'appropriation ; la prescription de mauvaise foi est l'expression d'une pensée de prudence politique. L'homme placé en dehors de la matière a conscience du pouvoir qui lui a été donné sur elle pour satisfaire aux besoins de son être. Roi de la nature inanimée ou inintelligente, il sent qu'il a le droit de la modifier, de la gouverner, de la refaire à son usage. C'est là le sujet de la propriété, qui n'est légitime qu'à la condition de s'exercer sur les choses et jamais sur les personnes.

« Quand l'homme porte, pour la première fois, la main sur un objet sans maître, il s'opère un fait qui, d'individu à individu, a la plus grande portée. La chose ainsi saisie et occupée participe pour ainsi dire de la personnalité de celui qui la tient. Elle devient sacrée comme lui-même ; on ne peut la lui arracher sans faire violence à sa liberté, et la déplacer sans toucher témérairement à sa personne. Diogène ne faisait qu'exprimer cette vérité d'intuition, quand il disait : *Ote-toi de mon soleil*. Ainsi donc la liberté qui conquiert sur la matière le sujet de la propriété, la protège ensuite d'homme à homme et explique comment elle s'individualise et tombe dans le domaine privé » (*Prescription*, n° 3).

La philosophie et l'économie politiques ont-elles dit mieux ? ont-elles dit seulement aussi bien ? Je suis un juge trop prévenu pour résoudre la question.

Je n'adopte cependant pas la distinction de M. Troplong : que la prescription soit de bonne ou de mauvaise foi, sa consécration n'est pas la conséquence du droit naturel d'appropriation. Elle ne sanctionne pas le droit de propriété, elle le limite ; elle fait prévaloir l'intérêt social sur l'intérêt individuel ; elle implique l'impuissance des pouvoirs sociaux pour vérifier la valeur de titres que la possession ne vivifie plus, qui ont au moins l'apparence de la mort, et auxquels on ne pourrait rendre une existence pratique qu'à travers les plus grandes incertitudes et au prix de grands troubles.

Le point de départ de Grotius est évidemment erroné ; il n'y a point d'aliénation sans volonté, et il peut très-bien arriver que celui contre lequel on prescrit ignore son droit.

Le point de départ de Puffendorf, une convention générale, universelle, c'est encore un débris du contrat social.

La prescription est une institution essentiellement politique qui rentre dans les attributions normales du pouvoir social.

On peut, à notre sens, la citer comme exemple d'un des cas dans lesquels la souveraineté publique peut, au nom de l'utilité générale, imposer le sacrifice d'une des conséquences rigoureuses de la souveraineté individuelle, sur laquelle, comme Vico en a fait la judicieuse remarque, le temps par lui-même n'a aucune puissance. — *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris.* — « Car le temps ne peut ni commencer ni finir ce qui est éternel et absolu. » C'est l'expressive traduction de M. Troplong. (V. aussi Mably, t. XII, Deuxième entretien sur les droits et devoirs du citoyen.)

Un de nos plus élégants publicistes, M. Jules Simon, sans se prononcer sur la question d'origine, s'attache surtout aux avantages pour légitimer la prescription. Mais il a tort d'y voir une garantie au profit de la propriété contre la loi. La prescription est, au contraire, une garantie pour le fait qui dure, une garantie qui, bien loin d'être en opposition avec la loi, tient son existence d'elle ¹.

L'État n'a pas seulement à défendre les intérêts collectifs; il peut avoir des intérêts distincts des intérêts moins directs qu'il représente : les intérêts de sa conservation et de sa légitime influence. Si ces intérêts ne touchent que médiatement les individus, ils ne leur sont certainement point étrangers, puisque les révolutions, toujours par l'ébranlement et souvent par les crises qu'elles entraînent, compromettent les intérêts particuliers. Ces intérêts d'existence et d'action directrice autorisent encore le gouvernement à réclamer des sacrifices de la part des membres de la société qui périrait dans l'anarchie si le pouvoir restait vacant ².

A. BERTAULD.

¹ « Il ne suffit pas que la propriété soit immédiatement garantie contre la force; elle doit être encore garantie même contre la loi par la durée. De là, la prescription qui représente et fonde le repos. » (*La Liberté*, t. I, p. 307.)

² J'ai envisagé la liberté individuelle en face d'elle-même. (*Revue critique*, t. XIX, p. 422.)

RECHERCHES SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.

Par M. Georges Picot, avocat à la Cour impériale de Paris.

CINQUIÈME ARTICLE ¹.

Nous avons vu dans un précédent article les cas où les prévenus peuvent jouir de la liberté provisoire : il faut rechercher maintenant quelles sont les formes spéciales prescrites par la loi pour l'accorder et examiner les juridictions compétentes.

1. A QUEL MOMENT LA DEMANDE EST-ELLE RECEVABLE? — L'ordonnance de mise en liberté sous caution est une décision préparatoire d'une nature toute particulière. Tandis que certaines demandes doivent être présentées *in limine litis*, les autres à un instant précis de la procédure, celle-ci, par sa nature même, doit être recevable tant que dure l'emprisonnement préalable. Le but unique de la mise en liberté sous caution est de faire cesser la détention préventive lorsqu'elle perd le caractère de nécessité, qui seul en légitime l'application. Dès lors il est superflu de rechercher l'instant où les mesures de sûreté deviennent inutiles; c'est un fait variable et essentiellement complexe qu'il appartient au juge d'apprécier. Aussi le Code a-t-il réglé que « la mise en liberté provisoire moyennant caution pourrait être demandée et accordée *en tout état de cause*. »

Ce principe domine toute la matière et doit être interprété dans le sens le plus large : la jurisprudence a décidé en conséquence que « cette disposition devait s'entendre également, soit de l'époque qui précède le jugement de première instance ou d'appel, soit de celle qui suit un jugement rendu en cause d'appel, tant que dure l'instance en pourvoi devant la Cour de cassation. » Certains arrêts vont plus loin et, tranchant une question fort controversée, décident « que le prévenu qui n'est pas en état d'arrestation peut aussi bien demander la liberté provisoire que celui qui est détenu, puisque aucune loi ne subordonne l'exercice de ce droit à la condition de la détention préalable; qu'il a le même intérêt à conserver

¹ V. tome XXII, page 233.

sa liberté qu'à la recouvrer après l'avoir perdue¹. » C'est là une doctrine qui nous semble entièrement conforme au but que s'est proposé le législateur : l'inculpé sait qu'il est l'objet d'une poursuite ; il craint de se voir saisi à l'improviste par un mandat publiquement exécuté qui flétrirait son honneur ; il vient trouver le juge et promet de se représenter ; il offre les garanties qu'il plaît au magistrat de fixer, et, en échange, on le laisse libre jusqu'au jugement, à moins que des charges nouvelles ne viennent aggraver sa situation et changer les termes du contrat intervenu entre la justice et lui.

Ainsi, d'après les derniers arrêts, le prévenu peut demander sa mise en liberté sous caution depuis le moment où un juge d'instruction est saisi de la poursuite jusqu'au jour où la décision a acquis force de chose jugée.

2. QUELS SONT LES JUGES COMPÉTENTS ? — Cette faculté permanente laissée au prévenu de solliciter son élargissement suppose qu'en tout état de cause une juridiction est compétente pour statuer sur ces sortes de demandes. Dans le silence de la loi, à quel juge devait-on attribuer ce pouvoir ? Cette question, aujourd'hui résolue, a été la source d'ardents débats, à peine calmés par la jurisprudence constante de la Cour de cassation. On regrettait que le Code n'eût pas donné exclusivement aux chambres du conseil et aux chambres d'accusation le droit d'apprécier le mérite et l'opportunité de ces requêtes ; on croyait que la jurisprudence y aurait gagné une véritable uniformité, et qu'on n'eût point vu cette variété de décisions si dangereuse dans une question qui touchait à la liberté civile. Si ces avantages pouvaient séduire le législateur, les inconvénients d'un système qui éloignait le justiciable du juge devaient le faire abandonner ; comment admettre que la juridiction saisie du principal ne pût pas connaître de l'accessoire ? Et si en théorie il paraissait préférable d'attribuer toute compétence à la chambre du conseil, n'était-il pas impossible en pratique

¹ Arr. cass., 22 avril 1841 ; rapp., M. Mérilhou, Bull. n° 107. Cependant un arrêt avait jugé, en sens contraire, que, lorsque les prévenus sont en liberté, ils n'ont point d'intérêt à user de cette faculté avant leur condamnation ; que même cette demande en liberté sous caution ne serait pas recevable comme étant sans objet de la part d'un prévenu contre lequel il n'aurait été décerné, dans le cours de l'instruction, aucun mandat, soit d'amener, soit de dépôt, soit d'arrêt (arr. 12 févr. 1830).

d'admettre que deux chambres fussent saisies à la fois de la même affaire? C'est ce que comprit la Cour de cassation : elle décida que la demande en liberté sous caution serait toujours considérée comme un jugement préparatoire ; que la juridiction qui serait actuellement chargée d'examiner le fond serait seule compétente pour connaître de l'élargissement. De ces principes il résulte que « *la liberté sous caution peut être ordonnée par tout tribunal saisi de la cause pendant tout le temps qu'il en est réellement saisi* ¹. »

Ainsi le juge d'instruction (depuis la suppression des chambres du conseil) est compétent pour statuer sur la demande d'un prévenu jusqu'au moment où il est dessaisi par une ordonnance de renvoi ou par une ordonnance de non-lieu frappée d'opposition. La chambre d'accusation perd également ses droits quand elle a prononcé son arrêt de renvoi, et le tribunal correctionnel est incompétent dès l'instant où un appel est interjeté contre le jugement qu'il a rendu. En résumé, la demande en liberté provisoire est de la compétence exclusive de la juridiction chargée de statuer au moment où la requête

¹ L'arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1811 rapporte exactement la théorie de la jurisprudence : « Attendu que la mise en liberté sous caution pouvant être demandée en tout état de cause, il suit nécessairement de cette disposition de la loi qu'elle peut être demandée et accordée en cause d'appel comme en première instance ;

« Mais que, lorsque la demande n'en a pas été faite et accordée en première instance, c'est devant la cour ou le tribunal saisi de l'appel qu'elle doit être formée, et que c'est à cette cour ou tribunal qu'il appartient exclusivement d'y faire droit, parce que l'appel est essentiellement dévolutif ; qu'il dépouille les premiers juges de la connaissance entière de l'affaire sur laquelle ils ont prononcé ; qu'ils sont par conséquent dessaisis du provisoire comme du principal, et qu'ils deviennent sans pouvoir à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre ;

« Qu'on ne peut induire de l'élection de domicile (124) à faire dans le lieu où siège le tribunal correctionnel la compétence permanente du tribunal ;

« S'il ne prescrit pas expressément cette dévolution, le législateur la prescrit implicitement, d'après le principe général du Code de procédure civile et d'instruction criminelle, que les règles de procédure données aux tribunaux sont communes aux cours ;

« Qu'il est certain que, ni par ledit article 124 ni par aucune disposition du chapitre dont cet article fait partie, le législateur n'a ôté au prévenu le droit, qui lui est accordé d'une manière formelle par l'article 114, de demander, en cause d'appel, sa mise en liberté provisoire, ni attribué aux tribunaux de première instance une prolongation de juridiction sur des affaires dont l'appel les aurait dépouillés (rapp. M. Rataud).

est présentée¹. La jurisprudence s'est rarement écartée de ce système² et l'a définitivement consacré.

Il n'offre d'ailleurs de véritables difficultés d'application que dans le cas prévu par l'article 421 du Code d'instruction criminelle. Cet article dispose que tout condamné à une peine corporelle qui voudra se pourvoir en cassation contre la décision qui l'a frappé, devra se constituer prisonnier ou fournir une caution qui lui permette de rester libre³. La première question

¹ Ainsi, lorsque la Cour d'appel n'est appelée à connaître que d'un recours formé contre un jugement qui a statué sur un incident, le tribunal de première instance n'est pas dessaisi du fond, et la demande en liberté provisoire doit être portée devant lui et non devant la cour (Orléans, 26 mars 1847, aff. Jeulin).

² Entraînée par les termes de l'article 114, la Cour de cassation a jugé, une seule fois, que la chambre d'accusation qui renvoie le prévenu devant le tribunal correctionnel n'a pas le droit de le mettre en liberté provisoire, ce droit n'appartenant qu'à la chambre du conseil (Crim. cass., arrêt du 6 sept. 1833). La jurisprudence contraire qui investit en pareil cas le tribunal de police correctionnelle de la compétence a définitivement prévalu : c'est dans ce sens que décide un arrêt du 27 mars 1823 : « Attendu que la chambre d'accusation de la Cour, devant laquelle X... avait été renvoyé comme prévenu de banqueroute frauduleuse, avait déclaré n'y avoir lieu à accusation contre lesdits prévenus, et les avait renvoyés devant le tribunal correctionnel de Doullens, sur la prévention de banqueroute simple ;

« Que, par cet arrêt, la chambre d'accusation avait épuisé sa juridiction et que, par le renvoi qu'elle avait prononcé devant le tribunal correctionnel de Doullens, ce tribunal avait été saisi de l'affaire, conformément à la règle portée dans l'article 182 du Code d'instruction criminelle ;

« Que la chambre d'accusation n'avait donc plus d'attribution pour statuer sur la demande que les prévenus lui ont adressée le lendemain du susdit arrêt, afin d'obtenir leur mise en liberté ;

« Que cette demande était un accessoire de la prévention dont le tribunal de Doullens était déjà saisi lorsqu'elle avait été formée ; que ce tribunal avait donc seul caractère pour en connaître ;

« Que l'expression « en tout état de cause » ne peut être entendue que dans ce sens : « que cette liberté peut être demandée et ordonnée devant tout tribunal saisi de la cause, et pendant tout le temps qu'il en est réellement saisi ; »

« Que la chambre d'accusation ne pouvait donc pas, après renvoi, statuer (V. en outre Gand., 15 janv. 1841 ; Dall., Répert., 716).

³ Art. 421. Les condamnés, même en matière correctionnelle ou de police, à une peine emportant privation de liberté, ne seront pas admis à se pourvoir en cassation, lorsqu'ils ne seront pas actuellement en état ou lorsqu'ils n'auront pas été mis en liberté sous caution. L'acte de leur écrou ou de leur mise en liberté sous caution sera annexé à l'acte de recours en cassation.

qui se présente est naturellement de savoir à quel juge il faut attribuer la compétence en pareille matière. Le condamné ne peut s'adresser à la Cour de cassation, puisqu'elle n'est pas saisie du fond de l'affaire, mais seulement chargée d'interpréter la loi. D'un autre côté, les tribunaux qui ont statué sur le fait sont dessaisis. Toutefois, on a décidé que le tribunal ou la Cour, dont l'arrêt est l'objet d'un pourvoi, serait seul compétent pour accorder ou refuser la liberté. Plusieurs motifs ont contribué à former cette jurisprudence : le juge qui examine une demande d'élargissement connaît le fond de l'affaire et statue sur une question de fait ; souvent le prévenu doit se présenter en personne devant le magistrat, et la solvabilité des cautions se discute devant lui ; aucune de ces procédures ne pouvait rentrer dans les attributions de la Cour de cassation ; et d'ailleurs on faisait remarquer, avec une grande justesse, qu'il y avait là une question incidente à l'exécution de l'arrêt attaqué ; que cette exécution était, il est vrai, suspendue par l'effet du pourvoi, mais que la Cour d'appel n'était pas encore absolument dessaisie ¹.

Cette jurisprudence, aujourd'hui définitivement admise, rencontre dans la pratique un obstacle sérieux. A quelle juridiction devra s'adresser l'individu condamné à des peines correctionnelles par la Cour d'assises, pour statuer, au moment de son pourvoi, sur la mise en liberté qu'il réclame ? Faut-il décider, avec quelques arrêts ², que le principe développé plus haut doit s'appliquer dans toute sa rigueur ? Nous serions alors forcés de reconnaître à la Cour d'assises le droit de mettre en liberté,

¹ « Attendu que la liberté provisoire sous caution peut être demandée en tout état de cause, non-seulement par le prévenu avant le jugement, mais par le condamné en matière correctionnelle, tant que le jugement de condamnation n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée ; attendu que, pendant le pourvoi en cassation, cette demande doit être portée devant la juridiction qui a rendu le jugement ou l'arrêt attaqué... 17 juill. 1841, Cass., M. Bastard, présid. ; M. Mérilhou, rapp.

« Attendu que la demande en liberté provisoire étant incidente à l'exécution de l'arrêt, c'est devant la Cour qui a rendu l'arrêt attaqué qu'elle doit être portée et qu'elle ne peut l'être devant une autre Cour ou tribunal. Cass., 27 mars 1830 ; M. Brière-Valigny, rapp. — Dans le même sens : Cass., 12 août 1840 ; — Rouen, 24 août 1821 ; — Paris, 11 janvier 1823 ; — Cass., 13 févr. 1830 ; — Bordeaux, 18 juill. 1851. — V. encore : Legraverend, t. I p. 365 ; — Mangin, n° 179 ; — Boitard, p. 360.

² Cour d'assises de la Loire (9 mars 1844).

non-seulement lorsque la session où cet arrêt a été prononcé dure encore, mais même lorsque des sessions nouvelles seront venues lui succéder. La décision serait plus singulière encore si nous l'appliquons aux intervalles des sessions; quel serait alors le juge compétent? La Cour d'assises n'existe pas de fait; les magistrats qui la composent sont dispersés; une réunion rapide est impossible, et, comme l'article 421 est précis, qu'en tout état de cause la liberté sous caution peut être accordée, nous devons absolument admettre une exception au principe qui domine la matière et rechercher, à défaut de la Cour d'assises absente, quelle sera la juridiction saisie. Si nous interrogeons le Code, nous retrouvons la disposition de l'article 116 qui institue la compétence des chambres du conseil, et par conséquent des chambres d'accusation qui, placées à un degré supérieur, en remplissent les fonctions. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que les chambres d'accusation devaient en pareil cas statuer sur la demande de mise en liberté sous caution.

On a accusé cette jurisprudence de jeter l'incertitude dans l'ordre des compétences. En exagérant les contrastes que présentait le système de la Cour de cassation, on n'a pas voulu considérer les inconvénients bien plus graves qu'eût entraînés la juridiction spéciale des chambres du conseil. En matière d'élargissement provisoire, l'urgence est extrême; tout délai peut porter atteinte aux intérêts les plus sacrés du détenu. Il n'y a pas un instant à perdre, et c'est avec raison que la loi a donné au juge nanti du dossier le droit de statuer immédiatement sur la requête. On aime tellement en France les théories simples, les applications logiques d'une seule idée au détriment de la pratique et de ses nécessités, que certains esprits¹ ont été jusqu'à préférer l'unité de juridiction en vigueur en Algérie. En effet, dans cette colonie, le procureur général ou, à son défaut, le procureur impérial est seul compétent pour accorder la liberté provisoire².

Entre ces deux systèmes, il est facile d'imaginer quel est celui vers lequel doivent tendre les sympathies; nous ne

¹ V. Dall., *Repert., Instr. crim.*, n° 725.

² Art. 59. Ordonnance du 26 sept. 1842. « Le procureur général à Alger et dans les autres sièges le procureur impérial, peuvent autoriser, en toute matière, la mise en liberté provisoire, avec ou sans caution.

pensons pas que le législateur se trompe jamais quand il essayera de rapprocher le justiciable du juge et de supprimer les interminables délais que nécessitent d'inutiles transmissions de dossiers.

3. FORME DE LA DEMANDE. — La demande en liberté provisoire est formée par requête déposée au greffe de la juridiction compétente. Dans l'usage, le prévenu dépose entre les mains du juge d'instruction cette requête écrite sur papier timbré¹. Il peut ne pas la signer lui-même; un avocat, un avoué, un fondé de pouvoir se chargent de la rédiger; il est même d'usage qu'on admette les requêtes écrites par un parent ou un ami. Aucune formule spéciale n'est nécessaire.

Cette demande doit être notifiée à la partie civile, à son domicile ou à celui qu'elle aura élu (art. 116 du Code d'instr. crim.). Mais comme le prévenu ne pouvait être soumis aux retards qu'entraîneraient en certains cas ces notifications, il en a été dispensé lorsque la partie civile ne demeure pas dans l'arrondissement où se fait l'instruction ou bien a négligé d'y élire domicile (art. 68 du Code). Les prescriptions de l'article 116 doivent être suivies à peine de nullité, devant quelque juridiction que la demande d'élargissement soit portée. Le prévenu doit joindre à sa requête l'original de l'exploit de notification qu'il en a fait faire à la partie civile, ou un certificat du greffier portant que cette partie réside hors de l'arrondissement et qu'elle n'y a pas élu domicile. A défaut de l'une ou de l'autre de ces justifications, le tribunal devra déclarer le prévenu non recevable². Toutefois, la partie civile n'a pas besoin, pour faire valoir ses droits, d'être saisie par la notification de la demande; elle a toujours la faculté d'intervenir devant la juridiction saisie pour veiller à ce que le cautionnement soit assez élevé pour garantir les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus. Elle peut agir sans le ministère d'un avoué et doit se borner à remettre des mémoires à la juridiction chargée de statuer. Comme sanction de son droit de surveillance, elle peut former opposition à la décision qui a fixé, hors sa présence, le

¹ Souvent encore la requête est remise au procureur impérial ou à son substitut qui la transmet, avec ses réquisitions, au juge d'instruction.

² Duverger, t. III, p. 136. — Carnot, p. 434. — Mangin, t. I, p. 313. — F. Hélie p. 860.

montant du cautionnement ¹, à moins qu'étant avertie elle ait négligé d'intervenir.

Le juge, aux termes de l'article 114, ne peut statuer que sur les conclusions du ministère public. On doit par conséquent lui communiquer, avec la demande d'élargissement, l'original de la notification à la partie civile, ainsi que toutes les pièces de nature à l'éclairer sur l'état de l'affaire; il doit, s'il le juge convenable, proposer les exceptions ou faire valoir les motifs tendant au rejet de la demande; souvent il se borne à proposer un chiffre de cautionnement qui puisse garantir le paiement des amendes et des frais judiciaires. L'omission de ces conclusions est-elle une cause de nullité? Sous le Code de brumaire plusieurs arrêts l'avaient ainsi décidé, mais le texte de l'article 114 ne porte pas à croire que cette nullité ait été maintenue; la faculté de former opposition à l'ordonnance du juge instructeur sauvegarde les droits du ministère public; dès lors quel intérêt aurait-il à faire annuler une décision qu'il peut faire réformer par les voies légales?

Le jugement est rendu en chambre du conseil et sans débat. En effet, il n'est pas douteux que la décision qui ordonne la mise en liberté ne soit un acte d'instruction. Cependant la Cour de cassation a décidé que « la disposition générale qui déclare nul tout jugement ou arrêt ne contenant pas de motifs, devait être appliquée aux cas où il s'agissait de statuer sur une demande principale formée par le prévenu, afin d'obtenir la liberté provisoire, » et elle a cassé un arrêt dans lequel la Cour de Toulouse s'était bornée à répondre qu'au fond « il n'y avait lieu à dire droit sur la requête ². »

4. VOIES DE RECOURS. — Les décisions relatives à la mise en liberté peuvent être attaquées devant les juridictions supérieures suivant les règles du droit commun. En effet, aucune exception n'a été créée à leur égard par la loi, et l'on ne peut imaginer quelles raisons auraient porté le législateur à refuser l'appel en pareille matière ³.

On a fait justement observer que « le droit du prévenu d'un

¹ Mangin, n° 181.

² Cass., 13 mai 1852, M. Aug. Moreau, rapp.

³ Toulouse, 19 avril 1841. — Caen, 28 mars 1838. — Crim. rej., 28 mai 1847. — Cass., 15 juill. 1837, rapp. M. Mérilhou, Bull. n° 207. — Cass., 10 mars 1848, rapp. M. Dehaussy. — *J. du dr. crim.*, t. XXI, p. 79.

délit correctionnel à demander la liberté provisoire sous caution deviendrait tout à fait illusoire, si son exercice pouvait être arbitrairement paralysé par la volonté d'un tribunal inférieur, sans recours à une juridiction supérieure; qu'aucune disposition légale ne met les décisions des tribunaux de première instance, en matière de liberté provisoire, à l'abri du recours de l'autorité de la Cour royale ¹.

Chacune des parties qui a figuré au jugement peut attaquer la décision en ce qui la touche personnellement. Ainsi, le prévenu, si la liberté provisoire lui a été refusée ou si le chiffre du cautionnement est trop élevé; la partie civile, si le cautionnement ne lui paraît pas suffisant pour garantir ses intérêts; le ministère public, si la loi est violée ou bien si l'intérêt de la répression est atteint par la mise en liberté du prévenu; mais ni les uns ni les autres ne peuvent empiéter sur leurs droits mutuels, et s'ils interjetaient appel sans alléguer un intérêt direct, ils devraient être déclarés non recevables ².

Le recours à exercer contre le jugement est porté devant la juridiction immédiatement supérieure; si le juge d'instruction a prononcé, l'appel sera porté devant la chambre d'accusation ³ par voie d'opposition ⁴. S'il s'agit d'un jugement rendu par un tribunal correctionnel, la chambre des appels de police correctionnelle sera compétente. Enfin, si la décision émanait d'une Cour, le pourvoi en cassation serait la seule voie ouverte.

Ces recours doivent être exercés suivant les termes et dans les délais établis par le Code pour chacune des juridictions. Quelques arrêts avaient voulu s'écarter de ce principe ⁵, mais la jurisprudence est aujourd'hui fixée. Cette diversité de délais est très-sévèrement blâmée par les auteurs. Il est fâcheux, en effet, qu'à l'égard d'une demande qui se présente la même devant toutes les juridictions, il n'y ait pas, à défaut d'une unité

¹ Cass., 28 mai 1847; 15 juillet 1837.

² Mangin, n° 184.

³ Crim. rej., 15 juill. 1837. — Toulouse, 19 avril 1841. — Dall., *Répert.*, *Instr. crim.*, n° 731, note.

⁴ Sur le terme d'opposition inexactement employé par l'article 135, V. Faustin Hélie, vol. VI, p. 189.

⁵ Caen, 28 mars 1838, aff. Lemeneur. — D., *Répert.*, *App. en mat. crim.*, n° 140.

de compétence impossible, une complète analogie de procédure¹. Dans l'état de choses actuel, l'opposition à une ordonnance du juge d'instruction n'est recevable que pendant vingt-quatre heures. Ce délai court : contre le ministère public, à compter du jour de l'ordonnance de mise en liberté ; contre la partie civile et contre le prévenu non détenu, à compter de la signification qui leur est faite de l'ordonnance au domicile par eux élu dans le lieu où siège le tribunal ; contre le prévenu détenu, à compter de la communication qui lui est donnée de l'ordonnance par le greffier (art. 135)². L'appel est recevable pendant dix jours (art. 203). Le pourvoi en cassation contre un arrêt définitif doit être formé dans les trois jours, à peine de déchéance³. Le pourvoi contre l'arrêt qui refuse la mise en liberté provisoire ne fait pas obstacle à ce qu'il soit passé outre au jugement du fond.

¹ La loi belge a appliqué ce système mixte, le seul véritablement pratique : toute juridiction saisie des pièces est compétente, mais partout le délai de recours est de vingt-quatre heures.

² La loi qui a détruit les chambres du conseil a réglé l'opposition du prévenu : avant 1856 s'élevait ici la question de savoir si le prévenu, auquel la jurisprudence invariable de la Cour de cassation refusait le droit d'opposition aux ordonnances du juge d'instruction, pouvait, en matière de liberté provisoire, former un recours contre les décisions qui lui refusaient l'élargissement. Dans le silence de la loi, dont aucun article n'établissait le recours du prévenu contre les ordonnances, on ne pouvait, à l'aide des textes, établir le droit du prévenu, mais la jurisprudence remontait aux principes généraux qui veulent que toute décision soit susceptible de parcourir deux degrés de juridiction. On faisait observer que le Code n'avait songé qu'aux ordonnances de renvoi en police correctionnelle ou aux ordonnances de non-lieu : pour les dernières, il avait établi le recours du procureur impérial et de la partie civile ; pour les autres, il les avait considérées comme des décisions préparatoires, comme de véritables mesures d'instruction que le tribunal devrait examiner et réformer, s'il y avait lieu, en jugeant le fond. En matière de liberté provisoire, la décision est toute définitive et emporte les effets d'un véritable jugement. On ne pouvait admettre que les juges d'instruction pussent statuer souverainement sur la liberté des prévenus, tandis que les tribunaux correctionnels ne pouvaient rendre qu'un jugement susceptible d'appel. C'est ce que la jurisprudence avait décidé et ce que la loi de 1856 a pris soin de sanctionner expressément : le prévenu ne pourra former opposition qu'aux ordonnances rendues en vertu de l'article 114 et dans le cas prévu par l'article 539 (art. 135, § 3).

³ Crim. cass., 3 août 1838, aff. Lemeneur. — V. *Cassat.*, n° 577, D., Répert.

La loi du 17 juillet 1856 (art. 135 *in fine*) a conféré en outre, au procureur général, le droit de former opposition. Le Code d'instruction criminelle était muet sur ce point, et, en l'absence de textes, la jurisprudence, ainsi que la doctrine, était disposée à l'investir de cette faculté¹. La loi nouvelle fut d'autant plus disposée à consacrer ce droit qu'elle vit dans cette innovation une garantie contre l'extension des pouvoirs accordés au juge d'instruction. « L'opposition devra être notifiée dans les dix jours qui suivront l'ordonnance du juge d'instruction. Néanmoins, ajoute la nouvelle loi, la disposition de l'ordonnance qui prononce la mise en liberté du prévenu sera provisoirement exécutée. » Ce paragraphe, tout en s'appliquant aux ordonnances de non-lieu suivies d'une mise en liberté immédiate, doit, ce nous semble, s'entendre *à fortiori* de la mise en liberté provisoire.

5. FIXATION DU CAUTIONNEMENT. — Nous touchons au point le plus délicat de la matière, car les résultats fâcheux ou salutaires d'une loi sur la liberté provisoire peuvent dépendre des règles tracées par le législateur pour l'appréciation des garanties à exiger du détenu. Pour être juste et efficace, le cautionnement doit être proportionné aux craintes de fuite et à la situation de fortune du détenu. Mais ces deux éléments, auxquels on peut ramener toutes les considérations de fait qui doivent déterminer sur ce point le magistrat, se décomposent de mille manières. La gravité du délit, les charges qui pèsent sur le prévenu, les liens qui l'attachent à sa famille et le retiennent à son foyer, ses antécédents, sa moralité, l'intérêt qu'il doit avoir à ne pas sacrifier le cautionnement exigé de lui : telles sont les principales circonstances qui peuvent influencer profondément sur la détermination du montant de la somme à déposer. On voit dès à présent que le juge devra être maître absolu de fixer à son gré le chiffre du cautionnement, et que toute entrave apportée à ce droit sera un obstacle à l'équitable application de la loi. Ainsi le cautionnement, pour se plier aux diverses exigences des faits, ne devrait être limité par aucune borne : un minimum et un maximum le frapperaient tour à tour d'impuissance sans assurer aucun avantage.

¹ V. Mangin, t. I, n° 87; t. II, n° 45. — Merlin, Répert., v° *Opposition*. — Legraverend, t. I, chap. 10.

Nous avons vu plus haut qu'aucune des lois ayant réglé la mise en liberté sous caution, de 1790 à 1808, n'avait appliqué ce principe; le Code ne l'admit pas davantage; l'article 119 établit un minimum de 500 francs et un maximum qui variait suivant l'amende et les dommages-intérêts résultant du délit. Recherchons maintenant si ces règles se sont maintenues depuis le Code.

I. *Minimum.* L'article 119¹, dans son premier paragraphe, défendait d'abaisser le cautionnement au-dessous de 500 francs. La Cour de cassation avait considéré cette règle comme tellement générale qu'elle l'avait étendue aux délits de presse, malgré le silence de la loi de 1819². Cette déplorable disposition empêchait souvent le prévenu de profiter de la faculté que le juge lui accordait et paralysait le bon effet de la loi. Inaccessibles aux ouvriers, aux gens sans fortune, « à toute la population pauvre, celle qui a le plus besoin peut-être de liberté, parce que le travail lui est plus nécessaire³, » la mise en liberté sous caution justifiait ainsi toutes les critiques qui lui étaient adressées au nom de l'égalité. En 1843, on avait vainement tenté d'y remédier⁴; en 1848, le gouvernement provisoire, usant sagement du pouvoir législatif concentré un moment entre ses mains, abolit la première partie de l'article 119⁵. Le

¹ *Le cautionnement ne pourra être au-dessous de 500 francs (abr.).* Si la peine correctionnelle était à la fois l'emprisonnement et une amende dont le double excéderait 500 francs, le cautionnement ne pourrait pas être exigé d'une somme plus forte que le double de cette amende. S'il avait résulté du délit un dommage civil appréciable en argent, le cautionnement sera triple de la valeur du dommage, ainsi qu'il sera arbitré, pour cet effet seulement, par le juge d'instruction, *sans néanmoins que dans ce cas le cautionnement puisse être au-dessous de 500 francs* (abrogé implicitement).

² Crim. cass., 18 janv. 1833, MM. Bastard, prés.; Brière, rapp.

³ Faust. Hélie, t. V, p. 864.

⁴ V. plus haut, t. XXI, p. 167.

⁵ Décret du 23 mars 1848. — Le gouvernement provisoire, sur le rapport du ministre de la justice; — Vu l'article 119 du Code d'instruction criminelle portant que les cautionnements que doivent fournir les prévenus de délits, lorsqu'ils obtiennent la liberté provisoire, ne peuvent être au-dessous de 500 francs; — Considérant que cette disposition consacre une flagrante inégalité parmi les prévenus; qu'elle a pour résultat d'exclure de la liberté provisoire tous ceux qui ne peuvent déposer une somme de 500 fr.; — Considérant que les garanties de la représentation devant la justice d'un prévenu de simple délit peuvent se puiser, non-seulement dans sa fortune, mais dans sa position personnelle, dans son domicile, dans sa profession,

minimum fut supprimé, mais non le cautionnement. La liberté provisoire pure et simple, sans caution, n'a pas été introduite ce jour-là dans nos Codes. Le juge peut seulement, depuis 1848, abaisser indéfiniment le chiffre de la somme à déposer et le proportionner aux plus minimes fortunes ¹.

II. Quant au *maximum*, il a été maintenu; l'article 119 donne les règles qui doivent servir à le fixer.

A. « *Si la peine correctionnelle était à la fois l'emprisonnement et une amende dont le double excéderait 500 francs, le cautionnement ne pourrait pas être exigé d'une somme plus forte que le double de cette amende* » (art. 119) ². Le législateur a eu soin de mentionner qu'il fallait la réunion des deux peines d'emprisonnement et d'amende; si, en effet, le délit n'était puni que des peines pécuniaires sans emprisonnement, la détention préventive serait contraire à l'article 131 et devrait cesser, sans autre garantie que la promesse du prévenu de se représenter ³.

Quelques auteurs ⁴ ont soutenu que le § 2 de l'article 119 fixait une somme que le juge devrait invariablement exiger de l'inculpé; c'est là une interprétation abusive que dément l'expression « *le cautionnement ne peut pas être exigé d'une somme plus forte que le double des amendes.* » Le double du maximum est donc une limite que le juge peut atteindre, mais ne saurait dépasser. C'est aujourd'hui une question définitivement tranchée ⁵.

B. « *S'il avait résulté du délit un dommage civil appréciable en argent, le cautionnement sera triple de la valeur du dommage, ainsi qu'il sera arbitré, à cet effet seulement, par le juge d'instruction.* »

dans ses antécédents, enfin dans la nature du fait qui lui est imputée; — Décrète: Le § 1 de l'article 119 du Code d'instruction criminelle est abrogé.

¹ Cour de Poitiers: 17 mai 1850; D. pér., 52, 2, 170. — V. plus loin la loi de 1855 sur la levée du mandat de dépôt.

² La loi du 26 mai 1819 porte également: « La caution à exiger de l'inculpé ne pourra être supérieure au double du maximum de l'amende prononcée par la loi contre le délit qui lui est imputé » (art. 28).

³ Si le délit ne doit pas entraîner la peine de l'emprisonnement, le prévenu sera mis en liberté, à la charge de se représenter, à jour fixe, devant le tribunal compétent (art. 131).

⁴ Carnot, t. I, p. 459. — Mangin, n° 185. — Legraverend, t. I, p. 367.

⁵ Faustin Hélie, t. V, p. 866.

Quel sens le Code a-t-il voulu donner à ces mots « appréciable en argent ? » La plupart des commentateurs ont soutenu que l'article 119 n'avait voulu parler que du dommage matériel causé par le délit et non de l'atteinte portée à la réputation ¹. C'est là une restriction qui ne nous semble pas écrite dans le texte; ne doit-on pas plutôt se référer au droit commun pour interpréter la loi; et dire qu'il y a un dommage civil, appréciable en argent, toutes les fois que le plaignant a éprouvé un préjudice sérieux dans sa personne, son honneur ou ses biens ² ?

La jurisprudence n'est pas contraire à cette théorie; seulement, en matière de presse, l'article cité plus haut ne donnant pour base au cautionnement que le double de l'amende, il a été jugé, par une application spéciale de cette disposition, que le cautionnement, en pareil cas, ne doit jamais tenir compte de l'atteinte portée à la réputation ³.

Les restitutions réclamées par la partie civile entrent toujours dans l'évaluation du dommage; elles doivent, au même titre, former la base du cautionnement ⁴.

L'article 119 a pris soin de dire expressément que les dommages ne seraient arbitrés par le juge d'instruction que *pour cet effet seulement*. Cette disposition indique clairement que le juge ne devra s'occuper que du dommage probable, tel qu'il résulte de son appréciation au jour de la demande de liberté provisoire, et non du dommage qui, dans l'origine, aurait pu être la conséquence du délit ⁵. Il est également hors de doute que la fixation éventuelle du préjudice n'aura aucune valeur devant le tribunal chargé de décider ultérieurement le montant des réparations civiles.

Il nous reste, enfin, à examiner la question de savoir si le dommage doit être pris en considération par le juge quand il n'y a pas de partie civile en cause. Les uns ont soutenu que les articles 116, 117, 120 et 122 s'occupant spécialement des parties civiles, on devait penser que l'article 119 visait la même hypothèse; que si l'on n'avait pas répété l'expression, la pen-

¹ Carnot sur l'article 119. — Mangin, n° 186. — Bourguignon, t. I, p. 251.

² Dall., *Instr. crim.*, n° 81 et 740. — F. Hélie, t. II, p. 318.

³ *Crim. rej.*, 3 décembre 1846; D. P., 47, 1, 319.

⁴ *Crim. rej.*, 20 pluviôse an XII.

⁵ Orléans, 24 août 1846; D. P., 46, 2, 178.

sée était toujours la même, et que, d'ailleurs, on ne pouvait exiger d'office un cautionnement pour des dommages qui ne seront peut-être jamais exigés ¹. Les autres, se confiant à l'appréciation du juge, lui ont donné le pouvoir d'exiger le cautionnement triple du dommage, quand bon lui semblerait; le juge devra alors se déterminer suivant que la partie civile aura été ou non désintéressée ². Aucun de ces deux systèmes ne nous paraît conforme à l'esprit de la loi. Il faut remarquer, en effet, que la personne lésée par le délit a la faculté de se constituer partie civile jusqu'à la clôture des débats; d'ailleurs, « si le dommage causé par le délit est l'une des bases du cautionnement, ce n'est point seulement dans l'intérêt de la partie civile que cette base a été prise, c'est parce que le dommage est l'un des éléments de la gravité du fait et de l'intérêt que le prévenu pourrait avoir à se dérober à la poursuite » (M. Hélie, t. V, p. 870). La jurisprudence a donc sainement fixé le sens de la loi en déclarant que le juge était compétent pour faire entrer, en l'absence de toute partie civile, le dommage dans le chiffre du cautionnement ³.

C. Quand le délit entraîne à la fois une amende et des dommages-intérêts, quel est le pouvoir du juge? Doit-il se borner à prendre, pour base du cautionnement, le plus élevé des deux chiffres, ainsi que l'enseignent plusieurs commentateurs ⁴? Nous ne le pensons pas, et, dans la discussion prépa-

¹ Mangin, n° 188.

² Carnot. t. I, p. 459. — Bourguignon, t. I, p. 251.

³ « Attendu que l'article 119 dispose, dans le § 3, pour le cas où il se-rait résulté du délit un dommage civil appréciable en argent, et que, dans ce cas, le cautionnement doit être, aux termes de ce paragraphe, triple de la valeur du dommage, ainsi qu'il sera arbitré par le juge d'instruction; que, par cette disposition, la loi confère au juge d'instruction une attribution expresse pour l'appréciation du dommage dans le cas qu'elle détermine; que cette attribution est générale, sans distinction entre le cas où cette partie civile est en cause et celui où aucune partie civile ne s'est constituée, et que cette règle légale étant établie dans un intérêt d'ordre public et en l'absence de toute action civile, au moment où est formée la demande en liberté provisoire, le ministère public est recevable, aux termes de l'article 408, à demander la répression de l'infraction commise. » — Arr. cass., 13 juin 1846, rapp. M. Barennes, Bull. n° 148; D. P., 46, 1, 329; — et sur renvoi : Orléans, 24 août 1846; D. P., 46, 2, 178. — Dans le même sens : M. Duverger (*Man. du juge d'inst.*), dans la troisième édition, 1862, abandonne l'opinion de M. Mangin.

⁴ Legraverend, t. I, p. 367. — Carnot, t. I, p. 461. — Boitard, p. 363.

ratoire, M. Berlier a indiqué clairement que les deux sommes devaient se combiner pour former le chiffre du cautionnement. « Quelque argument, disait-il devant le Conseil d'État, qu'on ait voulu tirer de l'énormité des cautionnements exigés en Angleterre, on ne saurait attaquer le projet actuel comme insuffisant sous ce rapport, puisque, *indépendamment du cautionnement pour les amendes*, ce cautionnement, s'il y a des intérêts civils lésés, doit être triple de la valeur du dommage » (V. Locré, t. XXV, p. 187).

On doit remarquer que le cautionnement des dommages-intérêts n'a pas le même caractère que celui des amendes : le premier est un chiffre précis qui est invariablement fixé au triple de l'évaluation du dommage, tandis que le double des amendes n'est qu'un maximum au-dessous duquel le juge se meut à son gré. Cette interprétation n'est pas douteuse quand on examine les termes entièrement différents employés dans les deux paragraphes de l'article 119.

D. Une dernière question se présente : sur quelles bases sera fixé le cautionnement lorsque l'affaire sera pendante devant la Cour d'appel ou la Cour de cassation après une condamnation prononcée par la juridiction inférieure ? Devra-t-on profiter des éléments contenus dans le jugement ou l'arrêt de condamnation pour prendre le double de l'amende et le triple des dommages-intérêts prononcés, ou bien se référer purement et simplement à l'article 119 ? Malgré l'apparente équité du premier moyen défendu par M. Mangin (n° 190), il me semble plus exact de dire que la Cour ne doit s'occuper en pareil cas que de la représentation du détenu : « Ses pouvoirs ne peuvent être limités que par le texte de la loi, et le demandeur, qui l'invoque pour obtenir la liberté provisoire, doit y être soumis pour la fixation de son cautionnement ¹. »

III. *Quelle est la juridiction compétente pour fixer le cautionnement ?* Nous avons vu que la chambre du conseil était autrefois appelée à statuer sur la demande de mise en liberté. L'article 119 donnait au juge le droit de fixer le montant du cautionnement. De là une contradiction qui a été déplorée par tous les auteurs et combattue par quelques-uns d'entre eux comme contraire à la loi ². « Tandis que la faculté d'intervenir dans une

¹ Crim. rej., 4 sept. 1851; M. Vincent Saint-Laurent, rapp.; Bull. n° 171.

² M. Hélie, t. V, p. 872.

procédure dont elle n'a ni la responsabilité ni la direction est accordée à la chambre du conseil, dès qu'il s'agit de statuer sur la discussion que la solvabilité de la caution soulève, d'arbitrer le taux du cautionnement ou de rendre des ordonnances pour le paiement de la somme cautionnée, c'est le juge d'instruction qui apparaît et qui est revêtu à son tour de toute l'autorité de la loi; de telle sorte qu'il peut, sous forme incidente et du sein de sa juridiction, paralyser l'ordonnance de mise en liberté rendue par la chambre du conseil. » C'est en ces termes que M. Nogent Saint-Laurent, rapporteur de la loi qui supprima la chambre du conseil, exposait l'anomalie choquante de la législation sur ce point.

Aujourd'hui tout est régularisé par l'unité de juridiction créée au profit du juge d'instruction. Il accorde en principe l'élargissement, il fixe le cautionnement, juge la solvabilité; il réunit en un mot les mêmes pouvoirs que le tribunal ou la Cour saisis d'une demande de mise en liberté sous caution.

IV. Le droit d'opposition existe-t-il contre l'ordonnance qui fixe le cautionnement à un chiffre trop élevé? Telle est la dernière question qui s'élève sur cette matière.

Depuis la loi de 1856, la difficulté nous semble résolue. Le nouvel article 135 est ainsi conçu : « Le prévenu ne pourra former opposition qu'aux ordonnances rendues en vertu de l'article 114. » En visant l'article 114, le législateur a voulu indiquer, dit-on, que le rejet de la demande de mise en liberté pouvait seul entraîner une opposition. — Nous ne pouvons partager cette opinion : le droit d'opposition nous paraît ouvert au profit du prévenu contre l'ordonnance de mise en liberté en tant que ses dispositions lui font grief; or n'est-il pas évident qu'une fixation exagérée du cautionnement équivalant à un rejet? N'y a-t-il pas là une décision que le détenu a un intérêt majeur à faire réformer? « L'article 119 n'est que le corollaire, le moyen d'exécution de l'article 114; et si la fixation du cautionnement est faite d'après l'article 119, n'est-ce pas en vertu de l'article 114 qui a donné le droit préliminaire d'accorder la liberté sous caution? » (Duverger, t. II, p. 485.

6. NATURE DU CAUTIONNEMENT. — Le Code a indiqué dans les articles 117 et 118 les conditions de solvabilité qu'il entendait exiger des cautions; au premier rang se trouve la garantie que le législateur croit la plus efficace : la possession d'im-

meubles libres pour le montant du cautionnement et une moitié en sus. A défaut de propriété foncière, le Code accepte le dépôt du cautionnement en espèces. Hors ces deux modes de cautionnement, la loi n'en a autorisé aucun; de sorte qu'une promesse de paiement faite devant notaires, alors que la fortune de la caution serait entièrement mobilière, ne peut autoriser le juge à élargir un prévenu. C'est à ces déplorables exigences qu'est due la rareté de l'élargissement sous la législation de 1808. La promesse d'un ami solvable, la signature d'un patron auraient dû suffire; au lieu de cela on a organisé un système dont nous allons examiner les inutiles complications.

La loi reconnaît deux sortes de caution : un étranger s'engageant pour le détenu (art. 117) ou le détenu pour lui-même (art. 118). Ils peuvent fournir le cautionnement soit en immeubles, soit en espèces.

I. *Cautionnement en immeubles.* — La loi exige : 1° que les immeubles soient *libres*, c'est-à-dire qu'ils ne soient point grevés d'hypothèques ou du moins que, défalcation faite de ces hypothèques, ils aient une valeur suffisante (Mangin, n° 192); 2° que la valeur des immeubles dépasse d'une moitié en sus le montant du cautionnement. Cette moitié en sus représente les frais d'expropriation que peuvent nécessiter les poursuites pour le recouvrement de la somme.

Pour éclaircir ce point, il faut se reporter aux articles du Code Napoléon qui traitent spécialement du cautionnement; l'article 2040 s'exprime ainsi : « Toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi ou par une condamnation de fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019. » — Art. 2018 : « Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour impériale où elle doit être donnée. » — Art. 2019 : La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. On n'a point égard aux immeubles litigieux ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. »

Ainsi la caution doit non-seulement avoir la capacité de contracter, mais encore être domiciliée dans le ressort de la Cour

impériale. On échappe à la rigueur du texte en exigeant que la caution fasse élection de domicile dans le ressort ¹. Tout moyen peut servir à prouver la valeur des propriétés foncières : un acte de vente, les baux contractés ; à défaut d'autres titres, la matrice du rôle des contributions est une pièce authentique qui constate le revenu des biens ². Les tribunaux ont toute latitude pour interpréter le sens de l'article 2019 ; l'éloignement des immeubles ne doit pas empêcher de recevoir une caution qui apporte des preuves certaines de leur valeur réelle ³. Si cependant les propriétés foncières étaient situées hors de France, nous ne pensons pas que le juge pût, à moins de circonstances graves, admettre la caution. Il y a encore une formalité à remplir : la production du certificat du conservateur des hypothèques attestant qu'ils sont libres ou faisant connaître les inscriptions dont ils sont frappés.

La solvabilité de la caution est discutée par le procureur impérial et la partie civile dûment appelée (art. 117, § 1). Le prévenu doit justifier qu'il a fait citer la partie civile à assister à la réception de la caution, sauf dans le cas où la partie civile ne demeure pas ou n'a pas élu domicile dans l'arrondissement où se fait l'instruction.

De longues controverses s'étaient élevées sur la juridiction qui devait apprécier la solvabilité de la caution, la rejeter ou l'admettre ⁴. Aujourd'hui elles n'ont plus d'objet : la loi de 1856 a investi le juge d'instruction de toute autorité en cette matière ; la chambre du conseil a disparu, et le procureur impérial, qui est partie en cause, peut faire valoir ses moyens, mais ne saurait à aucun titre fixer les droits de chacun.

Les titres de propriété produits par la caution sont communiqués au procureur impérial et à la partie civile, qui déclarent agréer la caution ou bien discutent sa solvabilité dans des mémoires adressés au juge d'instruction qui rend enfin son ordonnance ⁵. Les parties peuvent se pourvoir : rendue en exécution

¹ Duranton, t. XVIII, n° 325. — Troplong, n° 199.

² 18 août 1831; Montpellier; D. P., 32, 2, 119.

³ Duranton, t. XVIII, n° 326. — Troplong, n° 211.

⁴ Compétence du juge d'instruction : Legraverend, t. I, p. 362. — Carnot, t. I, p. 455. — Duverger, n° 466. — Compétence de la chambre du conseil : Bourguignon, t. I, p. 251. — Mangin, n° 194. — Hélie, t. V, p. 876. — Dalloz, n° 756.

⁵ Les formes qui doivent être suivies sont indiquées par les articles 517

des droits conférés au juge par l'article 414 du Code d'instruction criminelle, cette décision peut être attaquée, devant la chambre d'accusation, par voie d'opposition, ainsi que l'indique le nouvel article 435.

La partie civile, dûment appelée, peut-elle former opposition à l'ordonnance quand elle a négligé de comparaître? Quelques auteurs l'enseignent ainsi ¹, mais nous ne pouvons croire que le législateur ait autorisé tous les retards que peut entraîner un tel droit. Il faudrait, en effet, décider que l'opposition suspendra la mise en liberté sous caution; la partie civile pourra à son gré paralyser l'exécution d'une mesure qui doit toujours être prise d'urgence. Nous concevons d'autant moins le droit accordé à la partie civile qu'elle ne peut accuser que sa propre négligence, si elle n'a pas comparu lorsqu'elle a été appelée. D'ailleurs il faut songer que ses intérêts n'ont pas été compromis par son absence : ainsi que nous l'avons vu plus haut, le juge d'instruction a dû faire valoir d'office les droits qu'elle aurait pu revendiquer.

Quand le cautionnement est fourni en immeubles ², la caution ou le prévenu doivent faire leur soumission, soit au greffe du tribunal, soit devant notaires, de payer entre les mains du receveur de l'enregistrement le montant du cautionnement en cas que le prévenu soit constitué en défaut de se représenter. Cette soumission entraîne la contrainte par corps contre la caution : une expédition en forme exécutoire en sera remise à la partie civile, avant que le prévenu ne soit mis en liberté provisoire (art. 120).

Le procureur impérial et la partie civile peuvent prendre inscription spéciale sur les biens du prévenu sans attendre le jugement définitif : l'inscription prise par le ministère public

et suivants du Code de procédure civile. — Mangin, n° 104. — Hélie, t. V, p. 876.

¹ Dall., *loc. cit.*, n° 758.

² C'est en ce sens que nous paraît devoir être employée l'expression ambiguë de l'article 118 : « Le prévenu sera admis à être sa propre caution, soit en déposant le montant du cautionnement, soit en justifiant d'immeubles libres et en faisant, dans l'un et l'autre cas, la soumission dont il sera ci-après parlé. » Le législateur n'a certainement pas eu la pensée de prescrire la soumission devant notaires dans le cas du cautionnement en espèces, mais il a voulu parler du cautionnement en immeubles, qu'il ait été souscrit par un étranger ou par le prévenu lui-même.

profite à la partie civile et réciproquement. Les frais d'inscription hypothécaire faite à la requête du ministère public sont avancés par l'enregistrement qui les recouvre sur les biens des condamnés ¹.

II. *Cautionnement en espèces.* — Le cautionnement ne donne pas lieu à de si nombreuses formalités lorsqu'il est déposé en numéraire. D'après l'article 117 du Code d'instruction criminelle, la somme devait être versée dans la caisse de l'enregistrement et des domaines; mais la loi du 28 avril 1816 (art. 110), en créant la caisse des dépôts et consignations, a prescrit aux cautions d'y verser les sommes qu'elles seraient astreintes à payer ².

La caution peut fournir partie du cautionnement en immeubles, partie en espèces. Dans ce cas, on doit combiner les règles qui s'appliquent à chacune des natures de cautionnement.

7. *MISE EN LIBERTÉ.* — Pour être définitivement mis en liberté, le prévenu doit rapporter la preuve que le cautionnement a été déposé; si la caution a fait sa soumission en engageant ses immeubles, une expédition en forme exécutoire de cette soumission sera remise à la partie civile avant que le prévenu soit mis en liberté provisoire (art. 120). Le prévenu doit faire signifier cet acte et représenter l'original de la signification.

Une dernière formalité est encore exigée : l'élection de domicile du prévenu dans le lieu où siège le tribunal correctionnel par un acte reçu au greffe de ce tribunal (art. 124). Il faut entendre cet article en ce sens que l'élection de domicile doit

¹ Les cautionnements en immeubles sont absolument tombés en désuétude, grâce aux interminables formalités qu'ils entraînent. Au tribunal de la Seine, on n'en a pas vu depuis plus de dix ans. Les cautions disposées à offrir en garantie un titre de propriété, se décident, la plupart du temps, en apprenant les démarches qu'elles seront forcées de faire, à consigner la somme exigée en argent.

² V. ordonn. du 12 juill. 1816, art. 1^{er}, § 2^o : « Seront versées dans ladite caisse les sommes qu'offriront de consigner, suivant la faculté que leur accorde l'article 117 du Code d'instruction criminelle, toutes personnes qui, astreintes, soit par lesdites lois, soit par des jugements ou arrêts, à donner des cautions ou garanties, ne pourraient ou ne voudraient pas les fournir en immeubles. »

Cependant, en fait, on dépose à Paris les cautionnements en numéraire entre les mains du receveur de l'enregistrement, qui délivre un récépissé au nom de la caisse des dépôts et consignations avec laquelle un compte est ouvert.

être faite au lieu où siège la juridiction saisie de l'affaire. Les termes de l'article sont impératifs, et le prévenu qui aurait négligé de s'y conformer pourrait être arrêté de nouveau pour régulariser sa position. Tous les actes d'instruction doivent être notifiés à ce domicile élu.

Le ministère public est compétent pour prendre les mesures nécessaires : dès qu'une ordonnance ou un jugement a été rendu, c'est au procureur impérial à assurer son exécution sur la présentation de l'ordonnance et des pièces exigées par la loi. Il doit faire rayer l'écrou à la maison d'arrêt en prescrivant qu'on mentionne la cause de l'élargissement et le domicile élu. Si le prévenu n'avait pas encore été détenu, il doit retirer des mains des agents de la force publique le mandat décerné. En un mot il est chargé, sous sa responsabilité, de tout ce qui regarde la mise en liberté provisoire depuis le moment où la caution est acceptée et l'ordonnance rendue.

8. OBJET DU CAUTIONNEMENT. — Le cautionnement n'a qu'un but : créer entre le prévenu et la justice un lien d'intérêt qui se substitue efficacement à la contrainte personnelle ; « le cautionnement, en effet, remplace la détention ; il est destiné à suppléer à la sûreté de cette mesure par le gage qu'il apporte » (F. Hélie, V, p. 878). Ainsi il doit produire tous les effets de la détention préventive ; son action doit être identique. Or l'emprisonnement ne produit qu'un résultat : la présence du prévenu à tous les actes qui précèdent et qui suivent le jugement, depuis les interrogatoires dans le cabinet du juge jusqu'au moment où commence l'exécution de la peine. Le cautionnement doit donc se borner à garantir la présence du prévenu : c'est là l'unique objet du gage déposé ; par conséquent le droit éventuel sur le cautionnement ne peut s'ouvrir que dans le seul cas où le prévenu ferait défaut à un acte de procédure. Le Code a adopté ce principe, mais dans l'application il en a singulièrement modifié les conséquences. Nous nous bornons ici à exposer le système qu'il a organisé ; nous en développerons plus loin les inconvénients.

Dans la pensée des rédacteurs du Code d'instruction criminelle, le cautionnement ne devait pas seulement remplacer la détention ; si c'était là son principal objet, il devait aussi, en cas de condamnation, servir au paiement des amendes, des frais et des réparations civiles. De là est sortie une confusion

perpétuelle entre les deux garanties résultant du même gage ¹. A la présence du prévenu devant le juge qui devait être l'unique pensée du législateur, s'est substitué peu à peu l'emploi du gage lorsqu'il serait acquis par le défaut. Ce dernier objet du cautionnement exerça une profonde influence sur la fixation de la somme à déposer au grand préjudice de l'application efficace de la loi.

L'article 120 porte que la caution ne souscrit, en s'engageant, qu'une obligation, celle de payer le montant du cautionnement en cas que le prévenu soit constitué en défaut de se représenter.

Voyons comment la jurisprudence a commenté cet article, et, pour cela, examinons chacune des hypothèses qui peuvent se rencontrer; elles se réduisent à cinq :

1. *Le prévenu est présent à tous les actes de procédure et pour l'exécution du jugement.*

Ici la solution n'est pas douteuse; du moment où il n'y a pas de faute, il ne peut y avoir de peine; la promesse souscrite par la caution a été remplie; la somme qui servait à garantir cette promesse doit être restituée. « La justice n'a pas à se plaindre, et il serait monstrueux qu'elle conservât tout à la fois et le bénéfice de l'exécution et le cautionnement, gage de cette exécution ². »

La caisse des dépôts et consignations avait élevé la prétention de retenir sur ce cautionnement les frais dus au trésor par le condamné; mais la Cour de cassation, rejetant ce système, a déclaré que « le cautionnement avait pour objet d'assurer la représentation de la personne à tous les actes de la procédure et pour l'exécution du jugement, et que la vindicte publique désintéressée par la présence du prévenu ne pouvait avoir tout à la fois le droit de retenir sa personne dans les liens de la peine et celui de conserver le gage destiné à garantir que cette peine sera subie » (Cass., 1^{er} août 1843) ³.

¹ Voyez la simplicité pratique du système anglais, et la loi belge qui a essayé une fusion entre les lois française et anglaise.

² Consultation de M. Chaix d'Est-Ange dans l'aff. Cauchois-Lemaire; adhésion de MM. Persil, Pasquier, Mérilhou et Dupin jeune.

³ MM. Zangiacomi, présid.; Hardoin, rapp.; Delangle, avocat gén., concl. conf. — V. Boitard, n° 129. — Mangin, n° 198. — M. Hélie, p. 878. — Dall., n° 765.

II. *Le prévenu n'a été présent à aucun acte d'instruction, n'a pas paru devant le tribunal et n'a pas subi sa peine.*

On appliquera l'article 120 : la caution sera tenue de payer le montant du cautionnement. Que deviendra cette somme? La loi n'a pas voulu qu'elle fût acquise purement et simplement au Trésor à titre d'amende spéciale, ce qui eût, selon nous, créé une garantie plus efficace; aussi a-t-elle réglé son emploi dans l'article 121. « Les espèces déposées et les immeubles servant de cautionnement seront affectés par privilège : 1° au paiement des réparations civiles et des frais avancés par la partie civile; 2° aux amendes; le tout néanmoins sans préjudice du privilège du Trésor, à raison des frais faits par la partie publique. »

Souvent le cautionnement ne sera pas entièrement absorbé par cet emploi : que deviendra alors le reliquat? Tant que le condamné sera en fuite, on décide que la somme doit demeurer déposée à la caisse des consignations; s'il reparait pour subir sa peine, on pense qu'elle doit lui être rendue; il en serait de même si la peine était prescrite, puisque ce cas doit être assimilé à la peine subie.

Ces solutions, fortement combattues par certains auteurs¹, peuvent amener d'étranges résultats, puisqu'un prévenu condamné à une peine d'emprisonnement pourra revenir deux ans après la condamnation et mettre la main sur son cautionnement, d'où les frais seuls auront été déduits. Il y a là une impunité qui paraît contraire aux termes de l'article 120.

III. *Le prévenu comparait devant le tribunal, mais s'enfuit après la condamnation prononcée.*

Le cautionnement sera également acquis au Trésor : l'article 114 est d'une clarté qui ne peut laisser subsister aucun doute. La caution garantit l'exécution de la peine, ainsi que la présence à tous les actes de procédure². Dans ce cas encore, on a décidé que le défaut serait effacé et le cautionnement restitué quand le condamné, après avoir pris la fuite, serait revenu se constituer prisonnier³.

IV. *Le prévenu fait défaut à un acte de procédure ou ne*

¹ Mangin, n° 204.

² Cass., 17 germinal an X; Dall., *Répert., Instr. crim.*, n° 767.

³ Journ. de l'enregistrement, an 1808, p. 239, n° 3060, *Cautionnement en matière de délits.*

comparait pas devant le tribunal. Le cautionnement sera-t-il acquis du jour où le défaut aura été régulièrement constaté? Telle est la question la plus importante qui se soit élevée sur cette matière. Quelques auteurs ont pensé¹ que le cautionnement devrait aussitôt être acquis au Trésor : ils s'appuyaient sur le texte de l'article 125, d'après lequel, si le prévenu ne comparait pas, il devra être, *outré les poursuites contre la caution*, saisi et écroué dans la maison d'arrêt. Que signifient, disaient-ils, ces poursuites entamées en même temps que l'ordre d'arrestation est délivré, si ce n'est la preuve que l'exécution de la peine ne dispense pas la caution de payer le gage de sa promesse violée? Cette opinion, qui avait le tort de s'appuyer sur un principe vrai que le Code n'a pas voulu consacrer, n'a pas été suivie par les commentateurs ; la jurisprudence a consacré le système contraire². Le cautionnement est acquis ou la peine est exécutée ; telle est l'alternative posée par la doctrine et, nous devons le dire, entièrement conforme à la loi.

En appliquant strictement les conséquences de ce principe, la Cour de cassation a décidé que le défaut aux actes de la procédure et la fuite du condamné ne seraient pas des motifs suffisants pour prononcer la confiscation du cautionnement, si, par une arrestation opérée en vertu de l'article 125, le condamné se trouvait placé plus tard dans les liens de la justice. « Il y a lieu seulement à emploi de la somme déposée suivant les termes de l'article 120, mais le surplus devra être restitué à la caution, l'exécution de la peine étant assurée. Ainsi, d'après le Code d'instruction criminelle, le manquement le plus formel aux ordres de la justice n'entraîne pas la confiscation totale du cautionnement, si le condamné en fuite a été saisi et écroué en vertu de l'arrêt de condamnation. On ne doit point oublier cet exemple qui permet d'apprécier la valeur et la moralité du système actuel.

V. Si le prévenu qui a fait défaut est acquitté, la caution est déchargée de toute responsabilité³ ; cependant il a été décidé

¹ Legrav., t. I, p. 374.

² La longueur de l'arrêt de doctrine, rendu en 1821 par la Cour de cassation, nous empêche de le rapporter ; il se trouve dans Dalloz, *Rép., Instr. crim.*, n° 768, en note, et dans Hélie, V, p. 880.

³ Dall., 774 ; Crim. rej., 13 mai 1837 ; MM. Choppin, prés. ; Rocher, rapp.

que la somme ne serait rendue que déduction faite des frais occasionnés par le défaut.

9. ORDONNANCE DE PAYEMENT. — « Quand le défaut sera constaté, le juge d'instruction rendra, le cas échéant, sur les conclusions du procureur impérial ou sur la demande de la partie civile, une ordonnance pour le paiement de la somme cautionnée » (art. 122). Que le cautionnement ait été fourni en immeubles ou que la somme ait été déposée, l'ordonnance est nécessaire ¹. En désignant le juge d'instruction, la loi n'a pas voulu fixer une compétence absolue ; quand le tribunal correctionnel ou la Cour a ordonné la mise en liberté provisoire, c'est à la même juridiction à déclarer le cautionnement acquis.

« Ce paiement sera poursuivi à la requête du procureur impérial et à la diligence du directeur de l'enregistrement. Les sommes recouvrées seront versées dans la caisse de l'enregistrement, sans préjudice des poursuites et des droits de la partie civile » (art. 122). Il va de soi que la voie de l'opposition ou de l'appel reste ouverte à la partie civile qui peut faire valoir les excuses qui justifieraient le défaut du prévenu.

On voit maintenant quel est l'ensemble des formalités exigées par le Code ; « il faut :

« 1° Que le juge d'instruction ait ordonné la mise en liberté provisoire ;

« 2° Que ce juge ait déterminé en présence des parties le cautionnement à fournir ;

« 3° Que le cautionnement ait été versé à la caisse des dépôts et consignations, s'il est fourni en numéraire, ou que, le cautionnement étant fourni en immeubles, la caution ait été admise par le juge d'instruction, et qu'elle ait fait sa soumission de payer les sommes fixées en fournissant une hypothèque spéciale et en s'assujettissant à la contrainte par corps ;

« 4° Que le prévenu ait fait, au greffe du tribunal où l'affaire s'instruit et doit être jugée, élection de domicile dans le lieu où siège ce tribunal ;

« 5° Qu'il justifie, par des pièces en due forme, de l'accomplissement de toutes ces formalités, c'est-à-dire qu'il rapporte expédition des ordonnances du juge, récépissé du receveur de la caisse ou expédition de la soumission de la caution, plus un

¹ Hélie, p. 883. — Legraverend, t. I, p. 374. — *Contrà* Mangin, n° 207.

certificat d'élection de domicile, délivré par le greffier ¹. »

Après avoir examiné les complications excessives de ce système, nous pourrions rechercher plus facilement les moyens de simplifier les rouages et de rendre aisément applicable une mesure qui amènerait de si féconds résultats. C'est ce que nous essayerons de faire dans un dernier article.

GEORGES PICOT.

(*La fin prochainement.*)

DÉTENTION PRÉVENTIVE.

MANDATS JUDICIAIRES. — ORDONNANCES DE PRISE DE CORPS.

Par M. Georges REYNAUD, docteur en droit,
substitut du procureur impérial près le tribunal de Tarbes.

DEUXIÈME ARTICLE ².

III — Délivrance des mandats.

Nous avons montré le droit d'arrestation préalable écrit dans la législation romaine et à toutes les époques de notre histoire ; nous avons étudié comment ce droit avait été successivement réglé depuis l'ordonnance de 1670, et, arrivant à notre Code d'instruction criminelle, nous avons vu l'effet des mandats décernés par le juge d'instruction, et les formes qu'ils devaient revêtir ; il nous reste, avant de nous occuper de leur exécution, à rechercher dans quelles circonstances le magistrat instructeur peut les décerner, quelle est la nature et la gravité des indices qui peuvent l'autoriser à prendre ces mesures rigoureuses.

Les dispositions législatives sur ce point sont fort rares ; on en a fait un reproche au Code de 1808, reproche que nous ne saurions comprendre (F. H., *Instruct. crim.*, t. V). On

¹ Duverger, *Manuel du juge d'instruction*, II, p. 493.

² V. le présent tome, p. 62.

redoute des abus, mais était-il possible de les prévenir? on ne pouvait sans doute enfermer la liberté d'action du magistrat dans un cercle tellement restreint que tout fût prévu d'avance, ni déterminer les cas d'urgence, de gravité, de dangers publics, où tel ou tel mandat devrait être décerné : des prévisions aussi minutieuses ne peuvent trouver place dans la loi, et, même en surchargeant nos Codes de détails et d'ingénieuses hypothèses, pourrait-on se promettre d'avoir tout prévu et d'avoir répondu à toutes les défiances; ne faudrait-il pas souvent que le magistrat cherchât dans sa conscience, pour des situations imprévues, la règle d'action qu'il demanderait vainement à la loi (V. Discours de rentrée; Bordeaux 1862, M. Dulamon, avocat général).

Le législateur de 1808 n'a cependant pas laissé le juge sans direction : il a rempli sa tâche en posant certains principes généraux et en édictant quelques règles spéciales qui en sont l'application.

Lorsqu'au sein du conseil d'État on en vint à discuter l'étendue des pouvoirs qui devraient être conférés au procureur impérial au cas de flagrant délit, une longue controverse s'engagea sur la nature des preuves ou indices qui en autoriseraient l'exercice : il s'agissait alors de circonstances où la perturbation jetée par le crime qui venait de se commettre semblait justifier une extrême rigueur, une grande précipitation; toutefois l'article 40 du Code d'instruction criminelle ne donne au procureur impérial le droit de saisir les prévenus que s'il existe contre eux *des indices graves* : « La dénonciation seule ne constitue pas une présomption suffisante pour décerner cette ordonnance contre un individu ayant domicile. »

Cette règle placée au titre du flagrant délit et relative seulement au mandat d'amener, doit, par un argument *à fortiori*, être généralisée et étendue à la délivrance de tous les mandats dans toutes circonstances.

Nul ne peut être poursuivi par le seul effet d'une plainte, qui parfois ne sera portée que pour satisfaire à un sentiment de haine et de vengeance; il faut qu'il existe des indices graves. — Le magistrat qui délivre le mandat est nécessairement le seul appréciateur des charges qui pèsent sur le prévenu : la loi n'a pas reproduit l'ancienne classification des indices violents, graves ou légers : ces distinctions ingénieuses, mais arbitraires,

ont disparu de nos Codes; le législateur a pensé qu'il valait mieux faire appel à l'intelligence et à la conscience du magistrat que de surcharger sa mémoire de dispositions qui, nous le répétons, si nombreuses qu'elles soient, ne peuvent jamais être complètes. Le juge, saisi d'une plainte, aura égard à la personne qui la porte, à la moralité de celle contre qui elle est portée; il verra si les renseignements qui lui sont fournis sont précis et concordants, et s'interrogeant, il se demandera s'il en résulte contre le prévenu une présomption considérable de culpabilité.

A ce principe général, applicable aussi bien au mandat de comparution qu'aux mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt vient s'en joindre un autre tiré de la définition même que nous avons donnée de la détention préventive, et par conséquent relatif seulement aux mandats qui constituent en état d'arrestation, celui contre qui ils ont été décernés.

Nous avons dit, avec M. Faustin Hélie, que la détention préalable était une mesure de sûreté, une garantie de l'exécution de la peine et un moyen d'instruction; il faut donc, pour qu'elle soit légitime, que le juge ait à craindre l'un des trois maux qu'elle a pour but de prévenir. — Si le délit est minime, si le prévenu, alors même qu'il existerait contre lui des indices graves, est peu dangereux, s'il est retenu à son domicile par des raisons qui ne peuvent lui permettre de chercher à éviter par la fuite le châtimement qu'il a mérité; si enfin la preuve est déjà faite ou de telle nature qu'il ne la puisse empêcher, l'emprisonnement préventif serait un odieux abus.

Ici encore le magistrat est seul juge de la question de nécessité; mais en pouvait-il être autrement? chaque procédure criminelle ne se présente-t-elle pas avec une physionomie qui lui est propre? la gravité des faits, les difficultés de la preuve, la position des inculpés, tout ne varie-t-il pas à l'infini?

Si le fait qui a motivé les poursuites est un délit passible seulement de peines pécuniaires, ou s'il ne constitue qu'une contravention de police, fût-elle passible d'un emprisonnement de cinq jours, le juge ne doit délivrer qu'un mandat de comparution. — L'article 69 du Code de brumaire an IV était formel à cet égard, et l'article 8 de la loi du 28 mai 1836, qui organise la juridiction criminelle dans les échelles du Levant, interprète ainsi les dispositions de notre Code de 1808. — Ce n'est là

qu'une application des principes que nous venons de poser ; la détention préventive, n'étant pas nécessaire, n'est pas permise. — Cette règle, qui pourrait être écrite expressément dans la loi, peut facilement se déduire des dispositions des articles 129 et 131 du Code d'instruction criminelle ; ils supposent que les faits, l'instruction terminée, ne constituent plus qu'une contravention ou un délit passible d'une simple amende, et ordonnent au juge de mettre le prévenu en liberté, s'il a été arrêté : on n'aurait donc pu ordonner l'arrestation si les faits s'étaient présentés tout d'abord avec ce dernier caractère (Douai, 21 mars 1831 ; Dal. 31, 2, 228 ; Cassat. 19 avril 1806, C. N., 2).

Par contre, le juge doit décerner « mandat d'amener contre toute personne, de quelque qualité qu'elle soit, inculpée d'un délit emportant peine afflictive ou infamante » (91 C. instr. crim.).

Malgré la rédaction si claire de ce dernier paragraphe de l'article 91, on s'était demandé si le juge pouvait, quand le fait était passible d'une peine afflictive et infamante, et l'accusé domicilié, ne décerner qu'un simple mandat de comparution. — Un arrêt de la Cour de cassation avait décidé que l'appréciation des circonstances dans lesquelles le mandat d'amener doit être décerné contre la personne inculpée est toujours abandonnée aux lumières et à la conscience du juge d'instruction (Cass. 8 novembre 1834, Sirey, 35, 1, 833).

Mais, revenant sur sa première jurisprudence, la Cour suprême a cassé un arrêt de la chambre des mises en accusation de Toulouse, confirmant une ordonnance d'un juge d'instruction qui refusait de décerner des mandats d'amener contre des individus inculpés d'un crime. « Attendu que dans l'ordonnance du juge d'instruction contre laquelle étaient dirigées les réquisitions du procureur du roi, il est formellement reconnu que le fait objet de l'inculpation constituait un délit emportant une peine afflictive ou infamante, et que quatre individus, dénommés dans cette ordonnance, étaient inculpés d'avoir volontairement porté des coups et fait des blessures qui avaient occasionné la mort sans intention de la donner ; que ni la qualification du délit ni le fait de l'inculpation ne sont déniés par l'arrêt attaqué ; qu'il est également constant que le juge d'instruction, en décernant des mandats de comparution, avait reconnu qu'il existait contre les individus dont

« s'agit des indices de nature à motiver leur interrogatoire
 « comme inculpés ; que, dans un tel état des faits, l'ordonnance
 « du juge d'instruction et l'arrêt qui la confirme, en décidant
 « que l'option accordée au juge d'instruction entre le mandat
 « de comparution et le mandat d'amener en police correction-
 « nelle à l'égard de l'inculpé domicilié, peut être étendue au
 « cas de l'inculpation d'un fait auquel l'ordonnance reconnaît
 « et applique la qualification de crime, ont formellement violé
 « l'article 91 » (Cass. 24 avril 1847 ; Sirey, 47, 1, 639).

La rigueur de cette disposition a été très-vivement attaquée : on a fait remarquer l'arbitraire de la division des faits punissables en crimes et délits, et M. Faustin Hélie paraît craindre que le juge, privé de toute liberté d'appréciation, et répugnant à employer les moyens de contrainte, ne se borne à entendre comme témoin celui qui ne devrait paraître devant lui que comme inculpé (t. V, p. 770).

Il est possible, en effet, que cela arrive quelquefois ; cependant il faut remarquer que le juge n'est pas absolument privé de toute liberté d'appréciation : les circonstances du fait qui constituent le crime peuvent être admises ou rejetées par lui, et si ces circonstances se présentent d'une façon tellement évidente qu'elles s'imposent à lui, si, d'un autre côté, il existe contre l'inculpé les présomptions dont nous avons parlé, y a-t-il lieu de s'étonner que la loi ait imposé des formes plus sévères et pris des garanties plus sérieuses pour éviter la fuite du coupable ?

Lorsqu'en 1846 un projet fut soumis aux chambres pour modifier quelques dispositions de notre Code d'instruction criminelle, il fut question de satisfaire à ces réclamations et de rendre facultative, pour le juge, l'obligation où il se trouve de décerner un mandat d'amener lorsqu'il s'agit d'un crime. — La Cour de cassation émit un avis contraire, déclarant « que la
 « loi avait été sage en se substituant au juge ; qu'elle lui avait
 « ainsi épargné les obsessions de l'intrigue, les erreurs d'ap-
 « préciation, les anxiétés d'une conscience placée entre la
 « crainte de déployer une rigueur excessive ou de céder à une
 « indulgence téméraire. » (Bordeaux, Discours de rentrée, 1862.)

M. Boitard avait pensé que les mots « de quelque qualité
 « qu'elle soit, » qui, dans le paragraphe final de l'article 91,

semble faire réduplication avec l'expression « toute personne, » avaient pour but d'indiquer qu'aucune distinction ne devait être faite entre les personnes domiciliées et celles qui ne le seraient pas. — Tout en arrivant à la même solution, nous ne croyons pas que tel soit le sens de ces mots : ils nous paraissent être en quelque sorte la contre-partie des dispositions de l'ordonnance de 1670, que nous avons rapportées plus haut, et qui voulaient que pour la délivrance des décrets il fût tenu compte « de la qualité des personnes. »

Il ne faudrait du reste pas prendre trop à la lettre la déclaration de notre article : si les titres nobiliaires ou la fortune ne créent plus aujourd'hui de privilèges devant lesquels doive s'arrêter la justice elle-même, d'impérieuses nécessités ont fait reconnaître que certaines personnes doivent être protégées contre des accusations téméraires, soit à cause du rang élevé qu'elles occupent, soit à cause des fonctions qu'elles exercent.

La qualité des personnes peut aujourd'hui encore motiver le renvoi de l'inculpé devant d'autres juges que les juges ordinaires, ou subordonner les poursuites à la condition d'une autorisation préalable. (V. F. H., t. III, p. 250 et suiv.)

Un mandat d'amener doit aussi être décerné lorsque l'inculpé appelé par mandat de comparution fait défaut (91 C. instr. crim.). Le seul défaut de l'inculpé ne nécessite pas toujours l'emploi d'un moyen de contrainte ; c'est la désobéissance au mandat de comparution, le refus de se présenter, que le législateur a prévus et punis. Si le prévenu justifiait de l'impossibilité où il se trouve de se rendre devant le magistrat aux jour et heure qui lui étaient désignés, un second mandat de comparution devrait lui être signifié. Il en est de même du mandat d'amener, qui peut frapper les témoins non comparants (92 C. instr. crim.).

Dans tous les autres cas où le prévenu est passible d'un emprisonnement correctionnel, c'est-à-dire pour la plus grande partie des infractions commises et poursuivies, le juge peut à son choix décerner un mandat de comparution ou un mandat d'amener. Sans doute, il est certaines circonstances auxquelles il devra avoir égard avant de prendre sa détermination, mais aucune obligation ne lui est imposée par la loi. Dès 1819, le garde des sceaux traçait ainsi la voie dans laquelle devaient s'engager les magistrats instructeurs : « Toutes les fois qu'il

« s'agit de simples délits, et que l'inculpé est domicilié, le juge
 « d'instruction doit généralement se borner à décerner un man-
 « dat de comparution, sauf à le convertir en tel autre mandat
 « qu'il est jugé nécessaire après que l'inculpé a été interrogé.
 « Le Code d'instruction criminelle l'autorise à agir ainsi, et,
 « par cette disposition facultative, le législateur a indiqué que
 « l'on ne doit pas, sans motifs graves, user de contrainte envers
 « un individu qui présente une garantie. »

Si l'inculpé n'est pas domicilié, cette même circulaire recommande au juge l'emploi du mandat d'amener. Il est évident que c'est presque le seul moyen pour le juge de procéder à l'interrogatoire de celui qui n'a aucun domicile fixe. — Le silence de la loi, qui doit tourner au profit de la liberté, l'autorise bien à ne lancer qu'un mandat de comparution ; mais ce mandat ne touchera que rarement celui qui en est l'objet, et, le prévenu faisant défaut, il faudra toujours recourir au mandat d'amener (91, 62 C. instr. crim.).

Un des principaux caractères de la détention préventive est d'être une mesure de sûreté : il ne fallait pas qu'en présence d'un grand crime qui venait de se commettre la société demeurât complètement désarmée, et fût obligée de subir les retards nécessaires qu'entraîne une procédure criminelle, avant de s'assurer de la personne de l'inculpé. — Aussi des règles spéciales sont-elles applicables au cas où le délit est flagrant. Les pouvoirs séparés du juge d'instruction et des officiers du ministère public se confondent alors ; le magistrat instructeur peut agir sans réquisitions ; le procureur impérial peut faire saisir les prévenus présents et décerner contre les absents un mandat d'amener (40, 41, 59 C. instr. crim.).

Bien plus, tout dépositaire de la force publique, et même toute personne est tenue de saisir le prévenu surpris en flagrant délit, et de le conduire devant le procureur impérial sans qu'il soit besoin d'un mandat d'amener (106 C. instr. crim.).

Mais il ne suffit pas, pour que les pouvoirs du ministère public soient aussi étendus, que le délit soit flagrant, il faut aussi que le fait soit passible d'une peine afflictive ou infamante : cependant il suffirait, d'après M. Faustin Hélie, pour régulariser l'action de la police judiciaire, que le fait eût le caractère d'un crime au moment où il était flagrant, lors même qu'il se réduirait plus tard à un simple délit (F. H., t. IV, p. 691).

— La Cour de cassation a décidé, dans ce sens, que les procès-verbaux dressés par un procureur impérial sous la prévision d'un crime commis ne sont pas nuls par cela seul que les faits constatés perdent leur caractère criminel (Cass. 1^{er} sept. 1831; Sirey, 31, 1, 353).

Il faudrait également, si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 106, que le fait fût de nature à entraîner une peine afflictive et infamante pour que son auteur pût, même en flagrant délit, être arrêté et conduit devant le procureur impérial.

Mais il s'est formé une jurisprudence qui déclare « que tous
« les dépositaires de la force publique sont tenus d'agir et de
« prêter main-forte dans le cas d'un délit flagrant, soit que les
« faits de ce délit emportent une peine afflictive ou infamante,
« soit qu'ils ne soient passibles que de peines correctionnelles;
« qu'ils doivent aussi déployer la même action dans le cas que
« la loi a assimilé au délit actuellement flagrant, mais seule-
« ment alors si les faits sont de nature à être punis de peines
« afflictives ou infamantes » (Cass. 30 mai 1823, *J. du Palais*, t. XVII, p. 1143).

Il suffirait d'ailleurs pour justifier l'arrestation que le fait eût présenté les caractères d'un crime.

Ajoutons que tous les jours les agents de la police arrêtent en flagrant délit les auteurs de faits passibles de simples peines correctionnelles; que c'est là une nécessité absolue, que l'arrêt de cassation que nous venons de rapporter a sans doute cherché à légitimer en s'appuyant sur un texte de loi; nous croyons que cette interprétation est forcée, et la simple lecture de l'article 106 suffit pour s'en convaincre : nous regrettons que, lors des modifications successives qu'a subies le Code d'instruction criminelle, on n'ait pas pensé à rectifier cet article. Il est toujours malheureux que la pratique soit en opposition avec la loi, alors surtout qu'il s'agit de l'exercice d'un droit aussi grave que le droit d'arrestation.

Quoi qu'il en soit, ces mesures sont essentiellement provisoires; une fois l'enquête terminée sur les lieux, chacun reprend ses attributions respectives, et il doit être procédé à l'instruction de l'affaire suivant les règles communes. Le juge d'instruction conserve toujours le droit exclusif d'ordonner la détention préalable de l'inculpé, en décrétant contre lui un mandat de dépôt ou d'arrêt.

Les considérations générales que nous avons exposées en commençant, et que nous venons d'appliquer aux mandats de comparution et d'amener, s'appliquent à bien plus forte raison aux mandats de dépôt et d'arrêt : aussi peut-il paraître inutile de répéter que lorsque le fait n'est passible que d'une amende ou ne constitue qu'une contravention de police, aucun de ces mandats ne peut être décerné.

Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à la délivrance d'un mandat de dépôt ou d'arrêt, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit emportant emprisonnement correctionnel ; mais il faut aussi qu'il ait été auparavant procédé à l'interrogatoire du prévenu (94 C. instr. crim.). Cette règle protectrice ne fut longtemps écrite dans la loi que pour le mandat d'arrêt ; mais une doctrine uniforme l'appliquait au mandat de dépôt. La circulaire de 1819, que nous avons citée, s'exprimait ainsi à cet égard : « Il est sans doute superflu de rappeler que la délivrance des mandats de dépôt ou des mandats d'arrêt, qui sont soumis d'ailleurs à des formalités spéciales, doit toujours être précédée de l'interrogatoire des prévenus et même d'un commencement d'information. » La loi du 4 avril 1855, en modifiant la rédaction de l'article 94, a fait cesser toute incertitude sur ce point, s'il en pouvait exister auparavant : « Après l'interrogatoire, le juge pourra décerner un mandat de dépôt. »

Cette règle admet une exception lorsque l'inculpé s'est soustrait par la fuite à l'exécution du mandat d'amener.

La Cour de cassation l'a ainsi décidé :

« Attendu que si l'article 94 du Code d'instruction criminelle porte que le juge d'instruction pourra, après avoir entendu le prévenu, décerner contre lui un mandat d'arrêt lorsque le fait emportera une peine afflictive ou infamante ou un emprisonnement correctionnel, il n'exclut pas ce droit, dans le même cas, au bénéfice du prévenu qui s'est soustrait au mandat d'amener, et qui, par l'effet de sa fuite, n'a pu être entendu ; que cet article n'est qu'énonciatif, pour le cas qu'il suppose, d'un droit qui est inhérent aux attributions des juges d'instruction pour les cas semblables ; qu'un prévenu qui s'est dérobé au mandat d'amener qui avait pour objet de l'entendre, est nécessairement assimilé au prévenu qui a subi l'interrogatoire, mais qui n'a pas détruit les charges que l'instruction présentait contre lui ; que, relativement à l'un

« comme à l'autre, le juge d'instruction est autorisé à décerner un mandat d'arrêt. » (Cass. 4 août 1820; Sirey, C. N., 6.)

La circulaire de 1819 exige non-seulement l'interrogatoire du prévenu, mais encore un commencement d'information. — Ce n'est encore là que l'application des principes que nous avons posés. — Pour que le juge, usant du pouvoir que la loi lui confère, décerne un mandat de dépôt ou d'arrêt, il faut contre le prévenu des indices graves tels que le plus souvent un commencement d'information peut seul les donner. /

Deux mandats sont mis à la disposition du juge, les mandats de dépôt et d'arrêt dont nous connaissons déjà les effets. — Le législateur, à la différence de ce qu'il a fait pour le mandat d'amener, n'a pas déterminé les cas où l'un de ces mandats devrait être décerné de préférence à l'autre, ni même ceux où la détention préventive, sous quelque forme que ce fût, devrait être ordonnée. — Le juge d'instruction est maître de sa décision, et si, pour le mandat d'arrêt, il est obligé de prendre les conclusions du ministère public, le droit de décerner le mandat n'en reste pas moins facultatif pour lui, alors même que le fait serait de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante. Il doit se déterminer d'après les charges et les circonstances de la cause, et se demander, avant d'user du pouvoir redoutable que la loi a abandonné à ses lumières et à sa conscience, si l'emploi qu'il en veut faire est justifié par la nécessité.

Le mandat de dépôt, dont il peut donner mainlevée pendant le cours de l'instruction sur les conclusions conformes du ministère public, devra être préféré toutes les fois que la gravité du fait et les circonstances de la cause ne nécessitent pas l'emploi d'un mandat plus rigoureux dans ses effets (loi du 5 septembre 1807, art. 4).

Mais si le juge peut ainsi laisser en liberté l'individu, qui, inculpé d'un crime, a dû être entendu sous mandat d'amener, la Cour, en prononçant sa mise en accusation, doit nécessairement décerner contre lui une ordonnance de prise de corps (232 inst. crim., loi du 17 juillet 1856).

Il est de principe dans notre législation criminelle que nul ne peut comparaître en liberté devant une Cour d'assises. — C'est là une disposition rigoureuse; mais si l'on considère la gravité de la peine que peut prononcer une telle juridiction, on comprendra que le législateur ait craint que le condamné,

s'il n'était déjà détenu, ne cherchât, après sa condamnation, à éviter par la fuite la peine qui venait de le frapper.

Un pareil résultat est moins à craindre lorsqu'il ne s'agit que de condamnations correctionnelles.

Il y aurait peut-être un moyen de diminuer le nombre des cas où la détention préventive est nécessaire, en donnant au tribunal, qui prononce la peine, le droit d'ordonner l'exécution immédiate de son jugement, nonobstant appel. Dans l'état actuel de la législation on arrive à ce résultat bizarre, qu'un individu peut être arrêté avant d'être jugé, tandis que, condamné, on doit le laisser en liberté pendant six jours avant de lui faire subir sa peine.

Les articles 83 et 84 du Code d'instruction criminelle donnent, dans certains cas, aux juges d'instruction le droit de déléguer leurs fonctions; mais il a été reconnu que ce droit ne s'appliquait qu'aux actes d'instruction et non aux actes de juridiction. — La délivrance des mandats est incontestablement un acte de juridiction; la question ne pouvait d'ailleurs s'élever au sujet des mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt, l'article 283 interdisant formellement toute délégation à cet égard. Cet article ne parle pas du mandat de comparution, et quelques auteurs avaient pensé que, dans le silence de la loi, les officiers de police judiciaire délégués étaient autorisés à décerner ce mandat contre les prévenus (Duverger, n° 372). — Un arrêt de la Cour de Douai a réfuté cette opinion en déclarant « que
 « la loi a déterminé les cas où le juge d'instruction peut pro-
 « céder par délégation, et que ces dispositions à cet égard ne
 « sont énonciatives qu'en ce sens que le juge délégué doit pou-
 « voir faire les actes qui ne sont que l'accessoire de ceux dont
 « la délégation est formellement autorisée; que les mandats de
 « comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt sont des actes
 « de juridiction; que la loi ne confie le pouvoir de les décerner
 « qu'au magistrat qu'elle a chargé de l'instruction; qu'aucune
 « disposition n'autorise ce magistrat à déléguer ce pouvoir,
 « attendu qu'il n'est pas possible de distinguer entre le mandat
 « de comparution et les autres mandats, puisqu'aux termes de
 « l'article 91 du Code d'instruction criminelle le juge d'instruc-
 « tion qui a décerné le mandat de comparution doit, si le pré-
 « venu fait défaut ou si le fait prend le caractère de crime et
 « si le prévenu ne s'est pas excusé dans son interrogatoire,

« convertir ce mandat en tel autre qu'il appartiendra. » (Douai, 24 juillet 1835. — *J. du droit crim.*, t. VII, p. 35.)

Cette dernière considération nous paraît concluante. A quoi servirait-il de donner au magistrat délégué le droit de faire venir un prévenu sous mandat de comparution alors même qu'il ne pourrait, quel que fût le résultat de l'interrogatoire, s'assurer de la personne de ce prévenu? On arriverait ainsi, en démontrant à l'auteur du délit sa culpabilité, à déterminer une fuite qu'on ne saurait empêcher.

Nous dirons donc que c'est au magistrat instructeur seul que la loi a confié le droit de décerner les mandats; nous avons vu aussi que pour les mandats de comparution, d'amener et de dépôt, il n'est pas tenu d'attendre les réquisitions du ministère public, que le mandat d'arrêt seul doit être précédé de conclusions.

Si le procureur impérial a requis la délivrance d'un mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt, le juge d'instruction peut-il se refuser de déférer à ces réquisitions, sans que son ordonnance puisse être attaquée par voie d'opposition devant la chambre des mises en accusation?

Cette question a longtemps soulevé une vive controverse entre les magistrats du parquet et les juges d'instruction. — La jurisprudence elle-même a varié, et de nombreuses décisions ont été rendues en sens contraire.

Dès 1820, la Cour de cassation, dans un arrêt que nous avons déjà cité, avait formellement reconnu au ministère public le droit de faire opposition aux ordonnances des juges d'instruction et déterminé la marche à suivre, ainsi que les effets de cette opposition. Deux ans plus tard la Cour persistait dans cette doctrine en déclarant « que les actes faits dans l'exercice
« du pouvoir discrétionnaire du juge d'instruction ne sont pas
« affranchis par la loi de tous recours par voie d'opposition
« ou d'appel, mais que ces actes ne peuvent être ainsi attaqués
« que devant la chambre des mises en accusation de la Cour
« royale du ressort, qu'ils ne sauraient l'être devant la chambre
« du conseil; qu'aux termes de l'article 9 du Code d'instruction
« criminelle, la police judiciaire est exercée sous l'autorité des
« Cours royales; que le ministère public conserve donc le
« droit de déférer à la chambre des mises en accusation les
« actes du juge d'instruction qui pourraient entraver l'exercice

« de l'action publique ou compromettre le sort de l'instruction elle-même. » (Cass., 4 août 1822; Sirey, C. N., 7. — V. aussi Cass., 23 décembre 1831; Sirey, 32, 1, 385; — 17 avril 1837; Sirey, 37, 1, 384.)

Dans ce système, la Cour, lorsqu'elle réformait l'ordonnance du juge d'instruction, ordonnait que le mandat dont elle déclarait la nécessité serait délivré par ce même magistrat en exécution de son arrêt (Angers, 25 avril 1853, 27 janvier 1854; Sirey, 2, 255 et 256).

Cette jurisprudence constante de la Cour de cassation reconnaissant au ministère public le droit d'opposition aux ordonnances du juge d'instruction, même dans les cas prévus par les articles 34 et 80 (Cass., 14 septembre 1842. — F. H., t. V, p. 179), avait été combattue par la Cour de Paris qui décidait « que, d'après les principes généraux, les actes faits « par un juge d'instruction dans l'exercice de son pouvoir « crétionnaire peuvent en général être déférés par la voie de « l'opposition à la Cour royale, chambre des mises en accusa- « tion, mais que l'appréciation des faits qui doivent déterminer « à décerner ou à ne pas décerner, soit un mandat de dépôt, « soit tous autres mandats, est dans le domaine du juge d'in- « struction, aux lumières et à la conscience duquel la loi a « confié spécialement cette garantie de la liberté individuelle; « que l'abus que ce magistrat pourrait faire de ce droit ne peut « être réprimé que par la voie disciplinaire établie par les arti- « cles 279 et suivants du Code d'instruction criminelle. » (Paris, 13 mars 1835; Sirey, 35, 2, 346. — Nîmes, 22 juin 1839; Sirey, 39, 2, 403.)

Pendant, malgré ces arrêts, la jurisprudence de la Cour de cassation avait prévalu. — La question de savoir si l'on pouvait admettre l'opposition de la partie civile à une ordonnance statuant sur la détention d'un prévenu ne paraît pas s'être présentée : la solution dépendrait de l'appréciation des faits, le recours ne pouvant être admis que dans la limite des intérêts civils de la partie.

Mais l'inculpé se trouvait-il dans la même position que le ministère public et la partie civile?

La Cour de Paris, conséquente avec elle-même, lui avait dénié le droit qu'elle refusait au ministère public, n'admettant d'exception que pour le cas où « les mandats et actes du juge

d'instruction seraient attaqués comme émanant d'un juge incompetent. »

« Les prévenus ne restent pas pour cela sans garantie contre
 « les erreurs, les négligences ou les abus de pouvoir du ma-
 « gistrat qui prolongerait sans nécessité la durée de la déten-
 « tion provisoire, qui résulterait du mandat de dépôt, ou
 « ordonnerait des actes d'instruction vexatoires; ils peuvent
 « s'adresser au procureur général sous la surveillance duquel
 « les juges d'instruction exercent leurs fonctions, demander
 « leur renvoi devant un autre juge d'instruction pour cause de
 « suspicion légitime, prendre même à partie le juge d'instruc-
 « tion et enfin solliciter de la Cour le droit d'évocation qui lui
 « appartient dans tous les cas. »

La Cour reconnaissait d'ailleurs « qu'en France l'appel est
 « de droit commun, et que tout acte d'un juge inférieur peut
 « être déféré à un juge supérieur sans qu'il soit besoin d'une
 « disposition spéciale qui le permette; » mais elle ajoutait
 « qu'il est également de droit commun que les actes de pure
 « instruction ne sont pas susceptibles d'appel avant la décision
 « définitive. » (Paris, 27 avril 1833; Sirey, 33, 2, 290.)

Nous admettons parfaitement ces principes, mais nous croyons, avec M. Faustin Hélie, « que devant le juge d'in-
 « struction, qui ne touche jamais à la culpabilité, au moins
 « directement, le fond du procès n'est autre que l'application
 « des mesures d'instruction requises par le ministère public. »
 — Nous pensons que si la question s'était présentée devant la Cour de cassation, elle n'aurait pu s'empêcher de reconnaître à l'inculpé le droit qu'elle reconnaissait au ministère public.

Mais toute difficulté nous paraît tranchée à cet égard par la loi du 17 juillet 1856. L'article 135 du Code d'instruction criminelle, qui donnait au procureur impérial le droit de s'opposer à la mise en liberté des prévenus, ordonnée par la chambre du conseil, devait nécessairement être révisé, cette chambre étant supprimée. Voici comment s'explique à cet égard l'exposé des motifs de la loi nouvelle : « Les ordonnances de la chambre du
 « conseil ne sont pas les seules dans l'état présent de notre légis-
 « lation contre lesquelles il puisse être formé un recours; celles
 « du juge d'instruction sont également susceptibles d'appel. Le
 « droit d'opposition à ces dernières ordonnances est tiré des
 « principes généraux du Code, il n'est pas écrit. Nous avons

« pensé qu'il était convenable de le consacrer par un texte ; et
 « comme les deux natures d'ordonnances émanent désormais de
 « la même autorité, il nous a semblé qu'il convenait de com-
 « prendre dans la même formule les diverses oppositions dont
 « elles peuvent être frappées. — Plus le pouvoir du juge instruc-
 « teur reçoit d'extension, plus il importe d'affirmer le droit qui
 « se place à côté de lui, qui s'inquiète de ses écarts, qui les sur-
 « veille et qui les défère au besoin à la censure d'une juridiction
 « régulière et souveraine. — Nous nous sommes employés, d'ail-
 « leurs, à résumer dans le nouvel article 135 les applications les
 « plus générales de la jurisprudence ; nous n'avons pas voulu
 « aller au delà. Nous avons donc proclamé le droit absolu d'op-
 « position de la partie publique ; nous avons contenu dans de
 « justes limites celui de la partie civile ; nous avons restreint
 « aux deux seuls cas où il soit possible de l'admettre celui des
 « prévenus. »

Aucun doute n'est possible en présence de paroles aussi formelles, et l'article 135, quoique placé sous la rubrique « des ordonnances du juge d'instruction lorsque la procédure est complète, » s'applique à toutes les ordonnances que peut rendre ce magistrat, quel que soit l'état de la procédure.

Ainsi le ministère public et la partie civile, dans la mesure de ses intérêts civils, peuvent toujours faire opposition aux ordonnances des juges d'instruction refusant la délivrance d'un mandat (Metz, 1^{er} août 1857; *Journal du ministère public*, t. I, art. 44; V. aussi t. IV, art. 348).

Le prévenu est privé de ce droit. Il ne peut que contester la compétence du juge d'instruction ou se pourvoir contre l'ordonnance de ce magistrat qui refuserait de lui accorder sa liberté provisoire sous caution, alors que le fait qui lui est reproché ne constitue qu'un délit.

C'est là une disposition dont la nécessité peut être contestée ; il semble contraire aux principes de notre législation criminelle de priver l'inculpé d'un droit que l'on accorde au ministère public ; on a craint sans doute que l'instruction ne fût entravée par des appels réitérés, mais le danger n'était pas grand. Cette opposition, quant au point qui nous occupe, ne produisait pas un effet suspensif. — Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation, appelée à statuer sur cette question, a dû se conformer aux règles que nous venons de poser :

« Vu l'article 135 du Code d'instruction criminelle, modifié
« par la loi du 17 juillet 1856 ;

« Attendu que Pierre Miguel, inculpé de faux serment en
« matière civile et frappé d'un mandat de dépôt, a demandé
« au juge d'instruction d'ordonner sa mise en liberté, parce
« que le fait précité ne peut donner lieu contre lui à aucune
« poursuite, faute d'un commencement de preuve par écrit ;
« que cette requête a été rejetée sur le motif que l'instruction
« présentait des indices suffisants de culpabilité à sa charge ;
« que l'opposition par lui formée à cette ordonnance ne rentre
« pas dans la disposition restrictive ci-dessus visée de l'arti-
« cle 135 du Code d'instruction criminelle ; que la chambre
« des mises en accusation de la Cour impériale d'Agen était
« dès lors incompétente pour en connaître ; que néanmoins
« l'arrêt attaqué, en rejetant cette opposition comme mal fondée,
« l'a reconnue valable en la forme, sur le motif que le mandat
« de dépôt n'est pas un simple acte d'instruction ; qu'il cause un
« préjudice actuel audit Miguel, et que, par conséquent, celui-
« ci avait le droit de se pourvoir contre la décision du juge
« d'instruction ;

« Attendu qu'en procédant de la sorte, cet arrêt a méconnu
« le caractère du mandat de dépôt et commis tant un excès de
« pouvoir qu'une violation expresse de l'article 135 du Code
« d'instruction criminelle. »

Ajoutons, avec M. Massabiau, que le juge d'instruction, alors qu'il refuse de se conformer aux conclusions du ministère public, doit, pour constater le refus, rendre une ordonnance écrite, susceptible d'être déférée à la chambre d'accusation. Sa persistance à négliger de répondre par écrit le rendrait passible de peines disciplinaires (Mass., n° 1768).

L'article 135 détermine aussi dans quel délai doivent être faites les oppositions. — Le paragraphe qui déclare que « le prévenu détenu gardera prison jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition, et dans tous les cas jusqu'à l'expiration du délai d'opposition, » n'est pas applicable au cas où le juge a refusé de décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt contre le prévenu qui s'est présenté devant lui en vertu d'un mandat de comparution ou d'amener. — Le prévenu, dans ce cas, n'était pas détenu avant l'ordonnance, et il ne pourrait garder prison qu'en vertu d'un de ces mandats que refuse le juge, qui, seul,

aurait qualité pour les décerner ; il devra donc rester en liberté.

Cette nécessité pour le ministère public de respecter la décision du magistrat instructeur atténue singulièrement l'importance de son droit d'opposition.

Le mandat de dépôt ou d'arrêt une fois décerné, le juge peut-il en donner mainlevée, si les circonstances qui en avaient nécessité la délivrance ne subsistent plus ?

Il fut longtemps admis que ces mandats étaient irrévocables, et la Cour de cassation avait déclaré, dans un arrêt du 28 avril 1836, « qu'on ne trouve dans le Code d'instruction criminelle aucune disposition qui permette d'ordonner la mise en liberté sans caution des individus qui restent prévenus de délits emportant emprisonnement. » (Sirey, 36, 1, 703.)

Une ordonnance de non-lieu ou une mise en liberté sous caution pouvaient seules rendre à la liberté celui qui était détenu en vertu d'un mandat.

L'ordonnance de non-lieu suppose que, la procédure terminée, l'inculpation n'a pas paru suffisamment établie ; mais il peut arriver souvent que, dans le cours même de l'instruction, l'inculpé, dont l'arrestation avait été jugée nécessaire, offre certaines garanties qui lui font perdre ce caractère. La mise en liberté sous caution était véritablement le seul remède contre le malheur d'une détention préventive qui avait perdu sa raison d'être ; ce n'était là qu'un remède bien insuffisant ; la caution ne peut être admise lorsque le fait emporte une peine afflictive ou infamante (114 C. instr. crim.) et, lorsqu'il ne s'agit que d'un simple délit, le taux du cautionnement ne peut être moindre de 500 francs, s'il en est résulté un dommage appréciable en argent (119 C. instr. crim.).

Une lacune existait dans notre législation criminelle ; elle a été comblée par la loi du 4 avril 1855.

Nous avons déjà eu occasion de parler de cette loi qui a rendu au mandat de dépôt son caractère provisionnel : tandis que le mandat d'arrêt reste soumis à l'ancienne législation, ne pouvant être levé que sous les conditions prévues par les articles 114 et suivants du Code d'instruction criminelle, le juge peut aujourd'hui, dans le cours de l'instruction, sur les conclusions conformes du procureur impérial et quelle que soit la nature de l'inculpation, « donner mainlevée de tout mandat de dépôt, à la charge par l'inculpé de se présenter à tous les

« actes de la procédure et pour le jugement, aussitôt qu'il en sera requis. L'ordonnance de mainlevée ne pourra être attaquée « par voie d'opposition. » (194 C. instr. crim.)

Cette dernière partie de l'article ne concerne que la partie civile; il n'arrivera jamais que le procureur impérial forme opposition à une ordonnance rendue conformément à ses conclusions. Le procureur général a cependant un droit d'opposition qui lui est propre, en principe il n'est pas lié par les conclusions de ses substituts (135 C. instr. crim.). Il est fait exception à ce droit au cas qui nous occupe.

En dehors de cette nécessité pour le juge d'instruction d'obtenir les conclusions conformes du procureur impérial, aucune restriction n'est apportée au droit qu'il a de donner mainlevée du mandat de dépôt. Les termes de l'article 94 ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet, la commission du Corps législatif ayant fait ajouter à la rédaction primitive ces mots « quelle « que soit la nature de l'inculpation, » afin de bien marquer la différence qui sépare la levée pure et simple du mandat de dépôt de la mise en liberté sous caution.

Nous laissons de côté les questions qui se rattachent à la mise en liberté sous caution, nous bornant à renvoyer sur ce sujet aux excellents articles publiés en ce moment dans la *Revue critique* par notre ancien collègue, M. Picot attaché au parquet du procureur général près la Cour de Paris. — Toutefois, il est un point que nous devons signaler, parce qu'il a été l'objet de vives attaques dirigées contre la loi de 1855. Le juge d'instruction peut mettre en liberté pure et simple, sur les conclusions conformes du ministère public, un individu inculpé d'un crime, alors qu'il ne pourrait pas, dans les mêmes circonstances, le mettre en liberté sous caution, l'article 113 du Code d'instruction criminelle n'ayant pas été modifié par le législateur. — La combinaison des articles 94 et 113 dudit Code conduit inévitablement à ce résultat (Douai, 11 juin 1860; *Journal du ministère public*, n° 297).

On peut regretter que la distinction arbitraire entre les crimes et les délits ait été maintenue dans les articles 113 et 114. Cependant les deux dispositions que nous venons de rapporter nous paraissent susceptibles d'explications de nature à faire disparaître leur apparente contradiction. Sans doute il paraît étonnant, au premier abord, que le juge ne puisse exi-

ger une caution, et qu'il soit obligé d'opter entre la détention et la liberté pure et simple, alors que le système du cautionnement est d'ailleurs admis dans notre loi. Il semble que l'on s'est ainsi privé, sans motifs, d'une garantie contre la fuite des accusés. — Mais si l'on se place au point de vue de l'accusé, on verra tout de suite la différence qui sépare la levée pure et simple du mandat de dépôt de la mise en liberté sous caution, dans les cas où elle est possible. Tandis que la levée du mandat est en quelque sorte un acte de juridiction gracieuse, sans appel, émanant de la décision spontanée du juge d'instruction, se conformant à l'avis du ministère public (94), la mise en liberté sous caution est un droit appartenant au prévenu; il la peut poursuivre devant la chambre des mises en accusation; elle peut lui être accordée contrairement aux conclusions de la partie publique. — Il n'y a donc pas analogie entre ces deux mesures, et les conditions qui doivent se trouver réunies pour obtenir la levée pure et simple du mandat sont une garantie d'une aussi grande efficacité que celle du cautionnement. — Enfin il faut remarquer que l'article 94 s'applique au seul mandat de dépôt, tandis que les articles 113 et suivants sont relatifs tant au mandat de dépôt qu'au mandat d'arrêt.

Le droit conféré par la loi de 1855 au juge d'instruction cesse lorsque celui-ci s'est dessaisi de l'affaire en rendant son ordonnance de renvoi. Sur ce point aucune difficulté ne saurait s'élever. Mais, à l'exemple de ce qui se passe pour la demande de mise en liberté provisoire sous caution, la juridiction saisie devient-elle compétente, peut-elle lever purement et simplement le mandat de dépôt, se conformant d'ailleurs à l'avis du ministère public? Nous ne le pensons pas. Ici encore se présente cette différence que nous signalions tout à l'heure : tandis que le droit de demander la mise en liberté sous caution appartient à l'accusé, le droit de lever le mandat de dépôt fait partie des prérogatives du juge, qui statue sans en être sollicité par la partie. — Les textes nous fournissent d'ailleurs un puissant argument; tandis que l'article 94 dit que « dans le cours de l'instruction le juge pourra lever le mandat de dépôt, » l'article 114 déclare que « la liberté provisoire avec caution pourra être demandée en tout état de cause. »

Enfin il faut remarquer qu'au moment où fut promulguée la loi de 1855, la chambre du conseil existait encore, que c'est

elle qui statuait sur les demandes de mise en liberté sous caution. Le législateur, en attribuant au juge d'instruction le pouvoir de lever le mandat de dépôt, a voulu établir nettement les différences qui séparent ces deux dispositions de notre Code d'instruction criminelle; elles doivent marcher parallèlement à côté l'une de l'autre, sans jamais se confondre.

Nous dirons donc qu'une fois que le magistrat instructeur a rendu son ordonnance, le prévenu ne conserve que le droit que lui attribue l'article 114 du Code d'instruction criminelle, sans qu'il puisse désormais jouir du bénéfice de l'article 94 du même Code.

Cependant si, lors même que le fait imputé à l'inculpé constitue un crime, le juge peut donner mainlevée du mandat de dépôt, la Cour doit, en ordonnant sa mise en accusation, décerner contre lui une ordonnance de prise de corps, et l'accusé doit rentrer en prison. — Un membre du Corps législatif fit observer combien ces deux dispositions se trouvaient peu en harmonie, et la commission avait proposé l'amendement suivant : « En cas de mainlevée, la chambre du conseil (supprimée en 1856, aujourd'hui la chambre d'accusation) pourra en décernant l'ordonnance de prise de corps en suspendre l'exécution jusqu'au huitième jour qui précédera l'ouverture des assises; cet amendement fut rejeté par le Conseil d'État; nous le regrettons, car il donnait satisfaction à de justes réclamations, sans compromettre les intérêts de la société. — Cette détention, qui a été jugée inutile par le juge d'instruction, qui, malgré cela, doit être ordonnée par la Cour, pourra, dans les départements où les sessions d'assises sont trimestrielles, durer près de trois mois. Il est juste de dire que dans ce cas, assez rare d'ailleurs, le ministère public, en retardant l'exécution de l'arrêt de prise de corps rendu par la Cour, pourra ainsi réduire la durée de la détention préventive, ne contraignant l'accusé à garder prison que le temps nécessaire à l'accomplissement de certaines formalités exigées par le Code d'instruction criminelle.

Avant de terminer cette partie de notre travail, nous devons ajouter quelques observations sur les circonstances dans lesquelles les mandats dont nous venons de parler sont délivrés en dehors du juge d'instruction.

Nous avons déjà vu le procureur impérial délivrant un mandat d'amever au cas de flagrant délit, et, en traitant de l'exécu-

tion des mandats, nous trouverons un cas où l'article 100 lui permet de délivrer son mandat de dépôt.

Nous voulons, quant à présent, parler des mandats décernés soit par le tribunal correctionnel, soit par le président de la Cour d'assises.

Les ordonnances de renvoi des juges d'instruction, les arrêts de la chambre des mises en accusation et, à plus forte raison, les citations directes, qu'elles émanent du ministère public ou des parties, ne sont qu'indicatives et non attributives de compétence : le tribunal correctionnel saisi doit examiner les caractères du fait qui lui est déféré, et, s'il trouve que ce fait réunit les circonstances constitutives d'un crime, il doit d'office se déclarer incompétent.

L'article 193 prévoit ce cas : « Si le fait est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, le tribunal pourra décerner de suite le mandat de dépôt ou le mandat d'arrêt, et il renverra le prévenu devant le juge d'instruction compétent. »

L'exécution de cet article ne soulève aucune difficulté lorsque le tribunal était saisi par voie de citation directe : il en est autrement lorsqu'il a été saisi par ordonnance du juge d'instruction. Le tribunal ne peut alors désigner le juge devant lequel le prévenu doit être renvoyé; ce magistrat ne peut être désigné que par la Cour de cassation, statuant par voie de règlement de juges. Le tribunal doit se borner à se déclarer incompétent, tout en délivrant, s'il le juge convenable, mandat de dépôt ou d'arrêt. Remarquons que la délivrance du mandat est dans cette espèce conforme aux principes que nous avons exposés. Un commencement d'information a eu lieu, le prévenu a été interrogé.

La seconde hypothèse à laquelle nous avons fait allusion est celle qui est prévue par l'article 361 du Code d'instruction criminelle.

« Lorsque, dans le cours des débats, l'accusé aura été inculpé sur un autre fait, soit par des pièces, soit par des dépositions des témoins, le président, après avoir prononcé qu'il est acquitté de l'accusation, ordonnera qu'il soit poursuivi à raison du nouveau fait : en conséquence, il le renverra en état de mandat de comparution ou d'amener, suivant les distinctions établies par l'article 91, et même en état de

« mandat d'arrêt, s'il y échet, devant le juge d'instruction de l'arrondissement où siège la Cour, pour être procédé à une nouvelle instruction.

« Cette disposition ne sera toutefois exécutée que dans le cas où, avant la clôture des débats, le ministère public aura fait des réserves à fin de poursuites. »

Cet article suppose qu'un accusé, traduit devant la Cour d'assises, est acquitté sur les faits relevés dans l'acte d'accusation, mais que, dans le cours des débats, il s'élève à sa charge de nouveaux faits ne se rattachant à ceux qui avaient motivé la poursuite ni par le lieu, ni par les personnes, ni par le temps. Une instruction nouvelle est alors nécessaire, et, sur les réquisitions du ministère public, le président des assises doit l'ordonner. Il était en même temps nécessaire de s'assurer de la personne de l'inculpé, qui venant d'être acquitté devait être mis sur-le-champ en liberté. Le président délivrera alors contre lui un mandat d'amener si le nouveau fait qui lui est reproché est susceptible de peines afflictives ou infamantes, un mandat de comparution s'il ne s'agit que d'un simple délit, et que l'inculpé ait d'ailleurs un domicile certain (91 C. instr. crim.).

L'article ajoute qu'un mandat d'arrêt peut même être délivré « s'il y échet. » — Il faut supposer pour cela que les témoins ont été appelés à déposer sur le fait nouveau, et l'accusé admis à présenter, sommairement au moins, ses moyens de défense, aucun mandat de dépôt ou d'arrêt ne pouvant être délivré sans l'interrogatoire préalable de l'inculpé. — Les prescriptions de l'article 94 sont formelles et générales. Enfin l'affaire est renvoyée devant le juge d'instruction de l'arrondissement où siège la Cour. Peut-il y avoir là, comme on l'a fait observer, exception aux règles de la compétence? Nous ne le pensons pas. — La compétence se règle par le lieu de l'arrestation; l'accusé acquitté devait être mis en liberté; l'érou sous lequel il était primitivement inscrit sera rayé; le mandat décerné par le président des assises constitue une arrestation nouvelle.

GEORGES REYNAUD.

(La suite à une prochaine livraison.)

BIBLIOGRAPHIE.

L'ARCHIPEL DES ILES NORMANDES,

Par M. Théodore LE CERF, avoué à la Cour impériale de Caen,
membre de la Société des antiquaires de Normandie;

Compte rendu par M. MIMEREL,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

C'est assurément un spectacle curieux et bien digne d'intérêt, au milieu de nos grands États modernes qui ne cherchent leur force que dans le nombre et la centralisation, que celui d'un petit peuple de cent mille âmes à peine, vivant de sa vie propre et indépendante, s'administrant et se gouvernant lui-même, maintenant ses antiques coutumes, et suffisant ainsi, non pas seulement à assurer son existence et sa prospérité, mais aussi à se défendre des envahissements d'un puissant protectorat. C'était là un sujet d'étude tout à fait capable de tenter un esprit sérieux, et M. Le Cerf, qui n'était allé chercher dans les îles Normandes qu'un peu de repos et de distraction après les labeurs d'une année judiciaire bien remplie, n'a pu jeter les regards sur le tableau que lui offrait cette petite et heureuse société sans être aussitôt saisi de tout ce qu'il a d'instructif et d'attachant, et sans éprouver le désir de nous le faire mieux connaître. Ses vacances sont ainsi devenues un loisir occupé, et il vient de nous retracer dans un joli volume tout ce qu'il a vu et appris des mœurs, des lois et des institutions de ces îles, non-seulement sur les lieux mêmes et pendant son voyage, mais encore au retour dans les archives publiques et particulières qu'il a su consulter avec fruit et d'où il a eu le bonheur d'extraire les documents les plus précieux.

Le plan qu'il s'est proposé exigeait une variété d'études et une souplesse de talent qui auraient fait reculer une volonté moins ferme; il rendait aussi l'entreprise périlleuse pour tout autre que pour un esprit vraiment distingué. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir le sommaire des différents chapitres du livre. Toutes les matières les plus diverses y sont successi-

vement abordées, et l'on y rencontre tour à tour des notions scientifiques clairement analysées, d'intéressants récits historiques, de travaux de législation, de statistique, d'économie politique. Ces sujets si variés sont tous également traités avec précision et clarté ; partout une judicieuse critique se mêle à l'exposition des faits ; un style animé soutient toujours l'intérêt, et ainsi l'auteur a constamment triomphé des difficultés de sa tâche. On ne saurait mieux le louer qu'en disant que dans l'examen des lois et des coutumes judiciaires du petit peuple Jersiais, il a su montrer les qualités d'un jurisconsulte sérieux et justifier la bonne réputation qu'il a conquise au Palais, et que dans les autres parties de son œuvre, où des connaissances spéciales et étrangères à ces études journalières devenaient indispensables, il n'est pas resté inférieur à lui-même.

Une rapide description de la topographie de l'archipel des îles Normandes et des dangereux parages qui les entourent, sert en quelque sorte d'introduction au livre, et l'auteur, passant en revue les théories de la science géologique, se pose cette intéressante question : Les îles Normandes ont-elles jamais fait partie du continent ? Pour notre part, nous avouons notre complète incompetence pour apprécier la valeur des hypothèses qui se sont produites à cet égard ; mais, après avoir lu le curieux chapitre consacré à leur examen, nous sommes bien disposé à conclure avec M. Le Cerf que tout porte à le croire. Car c'est tout à la fois sur les observations des savants et sur les traditions antiques consignées dans les vies des saints, que M. Le Cerf se fonde pour ressusciter les immenses forêts et les bourgades mêmes que l'Océan, dans une terrible commotion, a englouties à jamais sous ses flots.

Après l'étude du terrain vient une esquisse de l'histoire de l'archipel. Il ne pouvait pas entrer dans le plan de l'auteur de retracer dans ses détails, ni même dans son ensemble, toute cette histoire ; le sujet ne le comportait pas, et il eût fallu élargir singulièrement le cadre de l'ouvrage pour suivre la destinée des îles Normandes dans toute la succession des faits qui s'y rattachaient. Il fallait choisir les récits les plus saillants, ceux qui étaient les plus propres à rendre raison de l'état actuel des institutions et des mœurs. C'est ce que M. Le Cerf a fait avec sobriété et discernement. Il commence par quelques recherches sur les antiquités druidiques qui se rencontrent encore dans le pays.

Il ne pouvait pas oublier son titre de membre de la Société des antiquaires de Normandie. Mais du moins il sait contenir dans de justes bornes la passion que lui inspirent ces sortes d'études, et, comme il ne destine pas seulement son œuvre à ses collègues de cette société savante, il prend le soin de condenser en quelques pages la description des monuments celtiques qu'il a visités, sans se laisser entraîner aux dissertations et aux conjectures qui, par leurs développements ou leur ambition, déparent quelquefois les travaux les plus recommandables. Quittant bientôt les druides, il se hâte d'arriver à Rollon, et il rappelle les divers épisodes qui relient l'histoire des îles Normandes à celle de notre pays, auquel il semble qu'elles appartiennent de droit naturel et dont elles n'auraient jamais dû être séparées, en dépit de l'exorbitante prétention de nos bons voisins d'outre-Manche de ne voir dans la mer qui s'étend entre nos côtes et les leurs qu'un *canal Britannique* (*British channel*). Ces récits faits à grands traits, quelque sommaires qu'ils soient, révèlent chez l'auteur de remarquables aptitudes; il a su souder habilement entre eux et présenter avec intérêt ces lambeaux d'histoire, et il a ajouté à cette partie de son travail le plus grand prix en y annexant quelques documents inédits, qui mettent en lumière d'une manière saisissante, à propos d'un incident de la guerre qu'entreprit la vieille monarchie française, à la veille de sa chute, pour soutenir l'indépendance de la république américaine, d'une part les faiblesses et l'impuissance du cabinet de Versailles, et d'autre part l'activité et la hauteur de vues du capitaine qui devait, quelques années plus tard, avoir l'honneur de couvrir les frontières de la patrie par sa glorieuse victoire de Jemmapes.

C'est à la suite de cette double introduction à la fois savante et historique que l'auteur s'embarque à Granville, et il fait d'abord le tour de l'île de Jersey, décrivant l'aspect de ses côtes qui offrent tantôt le spectacle des plus étranges phénomènes de la lutte de l'Océan, tantôt les grèves les plus désolées, tantôt le riant tableau des cottages de Saint-Aubin et de Saint-Hélier. Il aborde enfin, et, après avoir réuni les renseignements statistiques nécessaires pour faire connaître à ses lecteurs l'importance et les ressources de l'île, il commence l'étude des institutions qui régissent ce petit État et lui conservent encore aujourd'hui, sous le protectorat de l'Angleterre, sa vie propre et son indé-

pendance; il passe successivement en revue la constitution des pouvoirs politique et législatif, celle de la justice civile, criminelle et ecclésiastique, l'organisation de l'administration municipale avec ses franchises si étendues, les restes de féodalité toujours subsistants, l'état de la propriété immobilière avec la législation des successions et des testaments. Il nous montre ainsi tous les éléments essentiels de cette société si différente de la nôtre, et qui garde encore si fortement l'empreinte de celle de la Normandie du moyen âge. C'est en effet dans les lois normandes que se rencontre la source du droit Jersiais presque tout entier. D'habiles rapprochements des textes de la Coutume nous dévoilent l'origine de la plupart des usages judiciaires suivis jusqu'aujourd'hui dans les tribunaux de l'île, où même la vieille langue française est restée la langue officielle.

Rien de plus intéressant que cette étude qui nous met sous les yeux l'assemblage bizarre des institutions les plus contraires, des lois arriérées, dénuées de toute codification, multipliant les obstacles à la sûre et libre transmission de la propriété, et pourtant une justice facile et prompte; la persistance des droits féodaux avec une énergie telle que la législation n'a pas encore admis qu'ils pussent être rachetés, à côté de privilèges municipaux si larges qu'ils vont jusqu'au droit d'émettre dans une certaine proportion le papier-monnaie. Et cette petite société vit et prospère au milieu de ces contrastes! Et avec ces vieilles lois et ces coutumes surannées elle se tient, en fait de civilisation, de richesse et de véritable liberté, au niveau de nos premières nations de l'Europe, si même elle n'en dépasse quelques-unes! Tant est puissant le principe du *self-government* et de l'indépendance individuelle des corporations comme des personnes, qu'elle a toujours maintenu comme l'âme et l'essence même de sa constitution!

Mais entre toutes ces institutions, celle qui, dans le livre de M. Le Cerf, tient la plus grande place, c'est le jury. Il en a étudié avec une prédilection toute particulière l'organisation et le fonctionnement. Il y voit revivre, ou plutôt se perpétuer, une des institutions fondées par la vieille Coutume de Normandie, et c'est avec un orgueil inspiré par le plus légitime patriotisme qu'il revendique pour sa province l'honneur d'une création que notre législateur a cru emprunter à l'Angleterre,

lorsqu'il lui a donné accès dans nos lois modernes, et que l'Angleterre en réalité devait à la Normandie.

Un éminent professeur a contesté l'exactitude absolue de cette théorie de M. Le Cerf, et non sans raison. Sans doute le jury était une institution normande et consacrée par la vieille Coutume de la province dans des conditions à peu près analogues à celles où elle fonctionne en Angleterre; si bien que la Constituante, lorsqu'elle en dotait la France, aurait pu trouver son modèle dans cette Coutume au lieu de l'aller chercher dans les chartes anglaises. Mais n'est-ce pas aller trop loin que de conclure des affinités qu'on signale entre le jury normand et le jury anglais que c'est au premier que le second doit la naissance, et que cette glorieuse institution, sans laquelle il ne saurait exister de liberté véritable, a été apportée à l'Angleterre par les conquérants normands? Le jury formait la base du système judiciaire très-simple de toutes les peuplades venues de la Germanie et de la Scandinavie; c'était chez elles une loi commune que chacun devait être jugé par ses pairs. M. Le Cerf lui-même constate, avec le témoignage de Saxo Grammaticus, cette vérité historique. Le jury, dès lors, avait dû précéder, et il avait effectivement précédé la conquête des Normands en Angleterre, dans ce pays où la législation romaine n'avait jamais pénétré bien profondément, et dont la population avait, au contraire, gardé les mœurs et le caractère de la barbarie germaine et scandinave par l'effet des immigrations successives et continuelles des Angles, des Saxons et des Danois; de telle sorte que les Normands victorieux y retrouvaient leur institution nationale sous la même forme à peu près qu'ils l'avaient reçue de leurs aïeux et importée sur les bords de la Seine. Il en avait été pour Rollon tout autrement en France. Les Franks, en effet, en se fixant dans les Gaules asservies, avaient bien conservé pour eux le privilège d'être jugés par leurs pairs; mais ils avaient laissé aux vaincus les lois romaines; ils ne les avaient pas fait participer à ce privilège des conquérants. Le jugement par jury était donc la règle du plus petit nombre, et les vestiges de l'institution allèrent toujours en s'effaçant, à mesure que les vaincus se relevèrent et que sous la double influence de l'Église et de la monarchie les Germains, s'éparpillant d'ailleurs de plus en plus, oublièrent les anciennes coutumes et les franchises de leurs ancêtres. Le jugement des pairs ne fut bientôt

plus en France que comme une exception réservée à ceux-là seuls qui étaient assez forts pour faire respecter leur droit.

Après avoir ainsi étudié, sous tous ses aspects les plus importants, la constitution si remarquable de l'île de Jersey, M. Le Cerf nous conduit tour à tour à Guernesey, à Aureigny et dans les îles plus petites; il signale au passage les particularités qui distinguent leur organisation de celle de Jersey, et il ne rentre en France qu'après nous avoir fait visiter l'archipel entier.

Ce livre, on le voit par cette rapide analyse, offre plus d'un genre d'intérêt. Il démontre, une fois de plus, que les travaux du juriconsulte s'allient facilement à toutes les études les plus variées, et qu'on peut être un très-habile praticien au Palais sans cesser d'être un homme de savoir, d'esprit et de goût.

FL. MIMEREL.

GOURS DE DROIT ADMINISTRATIF,

Par M. Th. DUCROcq,

professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

Compte rendu

par M. DE LA MÉNARDIÈRE, agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

La seconde édition du *Cours de droit administratif* de M. Th. Ducrocq est déjà connue d'un grand nombre de lecteurs. Depuis qu'elle a paru, une haute récompense est venue sanctionner le mérite de l'auteur, récemment nommé professeur de droit administratif à la Faculté de Poitiers. Cela dispenserait de toute analyse et de tout nouvel examen de cet ouvrage, s'il n'était vrai de dire que l'éloge d'un livre utile demeure toujours comme une dette pour le lecteur. Nous serions heureux de nous acquitter aujourd'hui et d'exprimer l'impression qui nous est restée d'un livre appelé à répandre de saines notions parmi ceux, en si grand nombre, que le droit administratif intéresse.

Le choix des sujets qui doivent occuper la pensée des écrivains, obéit, comme les livres eux-mêmes, à des courants

variables et, pour ainsi dire, à des fortunes diverses. Les juriscultes n'échappent point à cette loi générale; *habent sua fata*, et, tour à tour, ils semblent consacrer plus particulièrement leurs travaux à l'une ou à l'autre partie de leur vaste domaine. Le droit civil français reste seul en dehors de ces fluctuations. Son caractère scientifique saisit l'attention, et l'étude approfondie de ses principes est, chaque jour, rendue nécessaire par les besoins d'une pratique éclairée.

Au contraire, les connaissances, qui servent au droit civil de complément et de cortège, cèdent plus facilement à des tendances et à des impressions qui les rendent successivement l'objet d'une faveur et d'une prédilection plus générales. C'était, après les découvertes de Savigny et de Niebuhr, cette admirable étude du droit romain qui, pour captiver encore les plus belles intelligences, ne semble malheureusement plus entourée d'une aussi grande popularité. Quelques années plus tard, c'étaient les théories du droit pénal, sous l'influence des études de droit naturel alors en si grand honneur!

C'est encore ainsi que, de nos jours, on s'applique plus généralement aux études administratives. Depuis qu'il y a quinze ou vingt ans, on vit attaquer sans réserve les vérités économiques les plus certaines, comme les principes les plus vulgaires de tout gouvernement durable, l'étude de l'économie nationale et du droit administratif est entourée d'une sympathie facile à constater. L'histoire s'est ressentie de cette tendance. La commission des antiquités de la France remarquait, dans son rapport de 1862, que « l'histoire des institutions économiques, de l'industrie, des classes laborieuses a pris aujourd'hui une grande place. » Que si l'on jette les yeux sur la liste des livres qui, dans ces derniers temps, ont enrichi la littérature juridique, on reste frappé du nombre et de l'importance des travaux consacrés à l'ensemble ou bien à quelques-unes des parties du droit administratif.

Il n'y a là rien qui puisse surprendre. L'étude du droit administratif français, indépendamment de son utilité croissante, renferme son attrait propre. Les principes qui servent de base à l'organisation politique de la société; les règles qui limitent ou garantissent les droits des citoyens dans leurs relations avec les intérêts collectifs; les lois qui dominent l'état économique des biens et règlent le *budget des choses*, suivant une heureuse

expression de Napoléon, sont bien dignes, en effet, d'une grande faveur et d'une étude approfondie.

Cependant l'importance et la variété des matières se retrouvent dans toutes les branches de la science et ne peuvent constituer l'attrait propre d'aucune d'elles. Ce qui nous séduit au premier abord dans ces études administratives, c'est l'abondance et la clarté des détails en même temps que l'harmonie de toutes les parties de l'ensemble. Cette unité administrative et la régularité constante de l'action du pouvoir central sur tous les points du territoire sont une révélation saisissante de notre unité nationale. Nous nous arrêtons avec complaisance sur ce résultat d'un long effort, sur ce couronnement des travaux de l'administration monarchique.

C'est surtout dans les ouvrages qui ont pour objet d'exposer l'ensemble du droit administratif sous une forme à la fois succincte et complète, élémentaire et savante, que cette complexité harmonieuse nous frappe; et c'est l'impression qui domine en achevant la lecture du *Cours de droit administratif* dont nous parlons.

Préparé par les fortes études de droit civil, nécessaires à la position qu'il occupe dans l'enseignement, M. Th. Ducrocq était à même de concevoir le plan d'un livre qui fut une exposition doctrinale bien plus qu'une discussion de questions soulevées par la pratique. Ce caractère se révèle dans le plan général comme dans chacune des parties. Pour s'en rendre compte, il suffirait de parcourir celle qui est intitulée : *Des personnes morales qui relèvent du droit administratif*. Elle comprend l'État, le département, la commune, la section de commune, en tant qu'elle constitue une personne morale distincte de la commune dont elle fait partie; les établissements publics et ceux d'utilité publique que l'auteur distingue avec une précision qui restera dans le langage juridique. Chacune de ces personnes morales est étudiée avec soin dans ses caractères, ses biens, ses prérogatives diverses et ses obligations.

Que, par exemple, on laisse de côté les autorités multiples par lesquelles l'État est représenté et dont il est parlé dans les premières parties; si on le considère en lui-même comme être collectif, il apparaît tout entier : gardien du domaine public, propriétaire de son propre domaine, nu-propriétaire du domaine de la couronne, débiteur d'obligations d'origines et de

conditions diverses, créancier et particulièrement créancier des impôts.

Ce serait excéder les bornes de cet article que d'entrer dans les détails. Signalons cependant la section consacrée au domaine public, et, entre autres, le paragraphe où, plaçant le régime légal des cours d'eau qui dépendent de ce domaine en regard des règles suivies pour ceux qui n'en font pas partie, l'auteur trace un parallèle qui demeure comme un des points les mieux traités du livre.

C'est une des conditions du droit administratif de se modifier souvent, sinon dans ses principes généraux et ses idées essentielles, du moins dans ses détails et ses applications. Entre la première et la deuxième édition, qu'une année à peine sépare, plusieurs changements étaient devenus nécessaires. La juridiction des conseils de préfecture avait été transformée. Le sénatus-consulte du 21 décembre 1861, sur le vote des dépenses et la division du budget; la loi du 26 février 1862, sur la conversion des rentes; le décret du 31 mai, sur la comptabilité publique; la loi du 2 juillet 1862 avaient profondément modifié les règles suivies en matière de finances. Toutes ces modifications ont été soigneusement encadrées par l'auteur dans le plan qu'il s'était tracé, et l'actualité de son livre est restée la même.

Si nous insistions, tout à l'heure, sur le caractère doctrinal du livre dont nous parlons, ce n'était pas à dire qu'il se tint systématiquement en dehors de l'application. Les citations qu'il emprunte à la jurisprudence du Conseil d'État et les documents statistiques qu'il contient suffisent à montrer que le côté pratique n'a point été négligé. Il n'y a point, en effet, à morceler la science. Ce serait un procédé empirique, trop favorable à l'ignorance, que de confiner l'étude de la théorie dans les écoles et d'attendre de la seule pratique une complète initiation à une science solide et vivante. Le droit administratif plus qu'aucun autre consiste précisément en cette alliance de l'application et de la théorie. M. Ducrocq, en publiant les programmes officiels, a pu montrer comment un livre bien fait répond aux épreuves du concours pour l'auditeur au Conseil d'État ou à la Cour des comptes, tout aussi bien qu'aux examens pour la licence ou le doctorat dans les Facultés.

Il y a, en Allemagne, un genre de livres juridiques que nous

ne connaissons qu'à peine en France. Sous le titre d'*Encyclopédie*, les professeurs les plus célèbres condensent en un volume, sous une substantielle synthèse, les uns, le droit privé des Romains ; d'autres, le droit actuellement en vigueur ; d'autres encore, comme Walter, l'ensemble même de la science. C'est souvent à la fin de leur carrière qu'ils résumant ainsi les travaux de leur vie. La littérature juridique, les progrès de la science y sont indiqués en même temps que la substance du droit lui-même. M. Ducrocq a trouvé la méthode et le plan d'un de ces savants résumés. Qu'il ajoute, même en abrégeant quelques-uns des textes qu'il cite, à la partie historique et bibliographique de son livre, et il aura donné à la science une véritable *encyclopédie du droit administratif français*.

CAMILLE DE LA MÉNARDIÈRE.

NÉCROLOGIE.

Par M. A. LALANNE, ancien magistrat.

JULES BERGSON.

La *Revue* vient de perdre un de ses collaborateurs. M. Bergson y occupait un rang distingué par ses travaux sur les législations étrangères. Né à Varsovie, il commença ses études de droit à l'Université de Berlin; ce fut à Utrecht qu'il obtint le titre de docteur. Arrivé en France en 1839, il résolut de s'y fixer; neuf années après, à la révolution de février, il était naturalisé Français.

M. Fœlix, dont la science déplore la perte prématurée, répandait en France, à cette époque, la connaissance des lois étrangères. D'autres écrivains s'y étaient appliqués. Aucun n'avait mis plus de soin à propager ces connaissances et fait preuve de plus d'érudition pour en montrer l'utilité. Les relations et les intérêts qui rapprochent les peuples, le désir d'améliorer les lois de son pays en prenant pour modèle les lois des nations étrangères donnent à cette étude une actualité qu'on ne peut méconnaître¹. Étude, d'ailleurs, intéressante s'il est exact de dire que les lois d'un peuple sont l'expression de ses besoins et de ses mœurs, « le produit de sa nationalité, de ses destinées politiques. » M. Bergson consacra son temps et donna tous ses soins à l'étude comparée des diverses législations; collaborateur de M. Fœlix, auteur d'articles estimés dans la *Revue de droit français et étranger*, dont il était co-directeur², il publia dans la seconde édition de l'ouvrage de

¹ M. Faverie (*Gaz. des trib.*, 21 oct.) s'exprime ainsi : « Nous sommes tourmentés du désir d'améliorer nos lois. » Notre ancien confrère que je crois partisan très-modéré des réformes en législation a raison de blâmer la *légomanie*. C'est pour remédier à ce mal, au moins en partie, qu'il est indispensable de connaître les lois étrangères afin de se rendre compte, par un examen comparatif, de l'opportunité et de la valeur des changements à faire aux lois existantes.

² Quelques articles ont été publiés séparément. En 1844, *Aperçu sur l'établissement des caisses de retraite et de prévoyance pour les classes*

M. A. de Saint-Joseph *un aperçu historique sur les origines du droit civil moderne de l'Europe*. Le fils de l'auteur, qui continuait cette publication après la mort de ce regrettable magistrat, lui adressa des remerciements, pour sa précieuse collaboration, dans des termes qu'il faut rappeler. « Il est une collaboration à laquelle nous devons une mention spéciale : c'est celle de M. Bergson, dont on retrouve souvent le nom lorsqu'il s'agit de législation comparée et qui nous a prêté depuis six années un concours assidu. Le droit néerlandais, le droit commun allemand, les principales législations de l'Allemagne et l'aperçu historique attestent notamment l'étendue et l'importance d'une collaboration qui, pendant notre long travail, ne nous a jamais fait défaut ¹. »

Cet éloge était mérité. M. Bergson ne s'était pas borné à extraire et à mettre en regard les lois des divers pays, à en indiquer la conformité ou la divergence : travail qui aurait eu sa valeur et son utilité pratique; il avait voulu donner à la science plus d'étendue en montrant dans les institutions des peuples, la filiation et le progrès des idées. « Disciple de l'école historique de MM. de Savigny, Gans, Heffter, Holtius, je vais essayer dans une esquisse rapide d'appliquer la méthode de nos grands maîtres à la concordance des Codes civils et tracer simplement les origines du droit civil moderne. Consulter ainsi les organes généalogiques de ce qu'on peut appeler avec raison les enfants de notre XIX^e siècle, éclairer le présent par le passé, c'est assurément une étude féconde. Elle fera ressortir, dans toute leur vérité, les traits de famille qui les caractérisent et les rapprochent de leurs souches communes; elle éclairera d'un jour nouveau les particularités qui distinguent ces Codes et qui constituent la vie propre de chaque législation, produit de nationalités, de mœurs et de destinées politiques différentes. Sans prétendre à la précision de solutions mathématiques, elle peut résoudre cependant bien des problèmes et indiquer d'avance, à l'aide des élé-

orieuses. — 1848 : *Droits d'un citoyen d'aujourd'hui*, par M. Torbecke; traduit du hollandais avec le concours de notre regretté confrère Riva. — *Ibid.* : *Des lettres de change d'après le Code de commerce et le nouveau projet de loi pour l'Allemagne*. Bergson avait étudié avec beaucoup de soin les lois commerciales pendant son séjour en Hollande.

¹ V. *Concordance entre les Codes*, introduction, in fine.

« ments donnés, quel a dû être, en définitive, le caractère spécial des diverses législations ¹. »

On ne peut mieux dire ni indiquer avec plus de netteté le but qu'on veut atteindre.

M. Bergson avait reçu à la *Revue* l'accueil le plus empressé. M. Laferrière insérait dans son Histoire du droit français un *appendice sur le droit de famille et de succession dans le droit scandinave ancien et moderne*, par M. Bergson. M. Faustin Hélie, notre illustre criminaliste; M. Paul Pont, M. Valette, M. Laboulaye, M. Béchard lui donnaient des témoignages de vive sympathie. A l'ouvrage de M. Béchard sur l'administration intérieure de la France, il ajoutait un *appendice sur les lois municipales des principaux États de l'Europe*.

Nous ne rappellerons pas le nom d'autres savants écrivains avec lesquels Bergson eut des relations moins intimes. Il suffira de dire que sa collaboration au milieu d'hommes éminents redoublait son zèle, relevait son courage dans ce triste retour sur la vie qui est l'heure des défaillances, pour mériter par ses travaux l'approbation et les encouragements de ses collaborateurs. En relations avec les jurisconsultes de l'Allemagne, parmi lesquels il comptait d'anciens maîtres, il fit paraître une traduction de l'ouvrage *Le droit international public de l'Europe*, par M. Heffter. Le savant professeur de l'Université de Berlin, auquel il avait demandé l'autorisation de faire connaître cet ouvrage en France, le remerciait dans une lettre pleine de la plus affectueuse cordialité.

Il nous avait prié d'examiner ce travail, d'y « *jeter un coup d'œil rapide, pourvu toutefois, nous écrivait-il, que cette lecture ne vous effraye pas.* » Sans oser prétendre à cette marque d'estime particulière, nous ne pouvons oublier le soin qu'il mettait à traduire l'ouvrage de l'éminent écrivain ².

Plusieurs articles insérés dans la *Revue* ont paru en brochure chez M. Cotillon, dont nous devons ici inscrire le nom pour être un interprète fidèle des sentiments de M. Bergson envers son éditeur. En 1858, *Le régime foncier des États du nord de l'Europe dans ses rapports avec la loi française sur la transcrip-*

¹ *Aperçu historique*, p. 2.

² V. le rapport de M. Laferrière à l'Académie des sciences morales (juin 1858) dans le *Compte rendu des travaux de l'Académie*, par M. Ch. Vergé. — M. de Valroger, *Revue de législation*, 1857, t. X, p. 562.

tion, publication recommandable pour l'étude de la loi du 23 mars 1855; — en 1859, un compte rendu de l'ouvrage de M. de Molh : *L'histoire et la littérature des sciences politiques*; — en 1860, une série d'articles sur *le régime foncier*; — *Réforme de la procédure criminelle en Allemagne*; — *Propriété littéraire*; — *Droit public et administratif de l'Angleterre*¹.

Ces travaux qu'il suffit de rappeler aux lecteurs de la *Revue* montrent que Bergson possédait un talent d'écrivain et la connaissance complète des lois étrangères qu'il pouvait lire dans le texte original, car il connaissait presque toutes les langues de l'Europe moderne.

Il commençait à recevoir la récompense de son labeur assidu. Nommé membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, il avait rédigé une notice, qui fut lue dans cette docte assemblée, sur la vie et les travaux du vénérable professeur de l'Université de Heidelberg, M. Mittermaier, à l'occasion de son jubilé. Chevalier de l'ordre royal de l'Aigle rouge de Prusse; interprète, pour les langues du Nord, près la Cour impériale de Paris; conseil de la légation de Suède et de Norwège, désormais son rang était marqué parmi les jurisconsultes. D'un commerce facile, d'une politesse parfaite, ses manières étaient simples, sans manquer de distinction. Il est mort le 12 août, à peine âgé de quarante-huit ans.

Cette mort prématurée nous rappelle des pertes bien douloureuses : Marcadé, Laferrière, Bravard, eux aussi sont morts avant l'heure, dans la maturité du talent. Conservons religieusement leur souvenir et, à cette place où il écrivait, adressons à celui dont nous avons retracé la vie consacrée tout entière au travail, l'hommage public de nos unanimes regrets.

A. LALANNE.

¹ Ajoutons à cette nomenclature : 1861, *L'Allemagne et la question d'Italie*; *Lettre adressée à M. J. J. Weiss*, du *Journal des débats*, par un habitant du Mégare. Brochure qui n'a pas été insérée dans la *Revue*, à cause de son caractère politique.

OBSERVATION.

L'éditeur de la *Revue* a cru devoir retarder de quelques jours cette livraison dès qu'il eût appris que, le 27 novembre, la Cour de cassation, toutes les chambres réunies, venait de statuer sur les célèbres questions du *Cumul* et de l'*Imputation* prétendus par l'enfant donataire, malgré sa renonciation à la succession; mais ce n'a été que le 4 décembre que le texte en est devenu public par les journaux judiciaires et qu'il a été possible d'en bien saisir toute la portée. L'arrêt décide *en substance*, « Que la réserve n'est autre
« chose que la succession diminuée de la portion disponible
« alors qu'il en a été disposé; Que les enfants n'ont droit à
« cette réserve et ne la recueillent qu'à titre d'héritiers;
« Que les enfants (héritiers) succèdent à tous les biens du
« défunt, sont appelés collectivement à la succession et par
« conséquent à la réserve, et sont investis du droit de ré-
« duire, contre *tous donataires*, ce qui excède la quotité
« disponible; Que lorsque l'enfant donataire, dont le don n'a
« pas été expressément dispensé de rapport, a renoncé à la
« succession, il ne peut retenir le don qu'à titre de donataire
« et jusqu'à concurrence de la portion disponible; Que si le
« don excède cette quotité, l'enfant, qui n'est point héritier,
« ne peut l'imputer sur sa prétendue part dans la réserve, et
« subsidiairement sur la portion disponible. » Nous regret-
tons de ne pas donner ici *in extenso* cet arrêt d'une admi-
rable clarté de rédaction, et nous rappellerons seulement les
louanges dont M. le Procureur général Dupin avait salué,
dans son réquisitoire, l'aurore d'une vérité de droit : « Il
« demeure vrai de dire que ces retours réfléchis de juris-
« prudence font l'honneur des grands corps judiciaires,
« parce qu'ils sont le témoignage le plus éclatant de leur
« recherche de la vérité, de leur amour pour la justice
« et de leur respect pour la loi. »

Nous reviendrons prochainement sur ce mémorable arrêt afin de faire le complément des études que nous avons publiées sur cette question depuis 1852.

COIN-DELISLE.

EXAMEN DOCTRINAL

Sur la nouvelle rédaction des articles 57 et 58 du Code pénal.

Par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

La loi du 13 mai 1863, en revisant un certain nombre d'articles de notre Code pénal, a modifié la rédaction des articles 57 et 58, qui statuent sur des hypothèses de récidive; a-t-elle seulement expliqué ces articles et précisé le sens qu'ils sont toujours réputés avoir eu, ou au contraire a-t-elle entendu innover? N'est-elle qu'une loi interprétative, déclarative, ou introduit-elle un régime qui déroge au régime antérieur? Voilà une première question qui n'est pas au moins expressément résolue.

L'ancienne rédaction des articles 57 et 58 soulevait beaucoup de difficultés; elle était l'objet de nombreuses controverses; non-seulement la doctrine et la jurisprudence étaient en désaccord, mais, et dans la doctrine et dans la jurisprudence, considérées chacune à part, il n'y avait pas unité de système; on pourrait dire sans exagération qu'il y avait plus que diversité de solution, et qu'on était en pleine anarchie scientifique. La loi nouvelle a-t-elle substitué la lumière à l'obscurité, la certitude et l'évidence aux embarras et aux doutes? L'exposé des motifs, le rapport de la commission du Corps législatif, la discussion parlementaire, sont une sorte de commentaire supplétif incorporé à la rédaction nouvelle. Une excellente circulaire du 20 mai 1863, de M. le garde des sceaux Delangle, a fourni un précieux contingent qui se recommande, non pas seulement par l'autorité du ministre, mais par l'autorité du grand juris-

consulte. Enfin, depuis la promulgation de la loi, plusieurs criminalistes ont comparé sur la récidive les nouveaux textes et les textes qu'ils remplacent. Que de secours nous avons! Eh bien! je ne me tiens pas encore pour suffisamment éclairé; je crois que d'anciennes difficultés restent à résoudre, et qu'il va en surgir de nouvelles.

Je ne veux pas faire un inventaire complet des anciennes difficultés; je me borne à en rappeler quelques-unes, les principales, pour montrer que non-seulement elles survivent, mais qu'elles se sont compliquées.

Je m'occupe d'abord de celles de ces difficultés dont le caractère a le plus de généralité et dont peut-être on a eu le tort de faire abstraction, bien qu'elles dominent les difficultés spéciales auxquelles on voulait appliquer le remède législatif :

1° En cas de concours de la circonstance aggravante de la récidive et des circonstances atténuantes, le juge devait-il d'abord faire le calcul de l'aggravation, sauf à faire ensuite l'application de l'atténuation, ou bien devait-il, suivant l'ordre inverse, atténuer la peine en vertu de l'article 463, pour appliquer après à la peine ainsi réduite l'aggravation, par exemple, de l'article 58?

A laquelle des deux opérations, l'opération de l'aggravation ou l'opération de l'atténuation, la priorité appartenait-elle?

2° En cas de concours de la circonstance de récidive, soit avec une excuse légale dans le cas de l'article 326 du Code pénal, soit avec l'excuse de la minorité de seize ans dans le cas des articles 67 et 68, la même question d'ordre entre les deux opérations, l'aggravation et l'atténuation, se présentait sous l'empire de l'ancienne rédaction.

3° L'aggravation pour récidive *de crime à crime* était-elle soumise à la double condition : 1° d'une condamnation à une peine afflictive et infamante ou infamante seulement; 2° d'une condamnation à intervenir de la classe des peines criminelles? ou bien n'était-elle subordonnée qu'à la condition : 1° d'une condamnation à une peine criminelle; 2° à une condamnation pour crime, quelle que fût la nature de peine que cette seconde condamnation entraînaît? Cette question n'était pas sans influence sur l'interprétation de l'article 57 de la loi du 28 avril 1832.

4° Et la question étant commune aux deux articles 57 et 58, c'est-à-dire à la récidive de *crime à délit* et à la récidive de *délit à délit*, la seconde condition de l'aggravation était-elle

une poursuite pour délit ou une condamnation pour quelque infraction que ce fût à une peine correctionnelle ?

5° La première condition de l'aggravation de l'article 57 impliquait-elle une condamnation à une peine afflictive et infamante? N'impliquait-elle pas au moins une condamnation à un emprisonnement de plus d'un an? Ou bien ne suffisait-il pas qu'il y eût condamnation pour crime quelle qu'eût été la peine, n'eût-elle été qu'une peine de simple police, pour que l'agent une première fois condamné en matière criminelle fût, s'il commettait un délit, passible de l'aggravation de l'article 57?

6° Lorsque dans le cas de l'article 57, c'est-à-dire dans le cas de récidive de crime à délit, des circonstances atténuantes étaient admises, le renvoi sous la surveillance de la haute police de cinq à dix ans ne devait-il pas être prononcé?

7° Lorsque par l'admission d'une excuse, la peine criminelle était convertie en peine correctionnelle, la déclaration de l'existence des circonstances atténuantes imposait-elle à la Cour d'assises la nécessité de réduire la peine correctionnelle? Si dans cette hypothèse le jury n'avait pas reconnu l'existence de circonstances atténuantes, la Cour d'assises pouvait-elle abaisser la peine au-dessous du minimum de l'article 326?

8° Quelle était l'influence de la déclaration des circonstances atténuantes ou de l'absence de cette déclaration par le jury, quand par exception le mineur de seize ans était traduit devant la Cour d'assises?

9° Quelle était l'influence de la déclaration des circonstances atténuantes ou de l'absence de cette déclaration quand le verdict en écartant les circonstances aggravantes qui imprimaient à l'infraction le caractère de crime, ne reconnaissait que l'existence d'un délit? Le jury imposait-il à la Cour l'obligation d'abaisser la peine correctionnelle?

La loi du 13 mai 1863 n'a statué au moins explicitement ni sur les trois premières ni sur les quatre dernières questions; elle les a négligées, et il semble que le lien qui les unissait aux deux questions qu'elle a résolues n'a pas été aperçu, ou ne s'est pas suffisamment recommandé à l'attention législative.

La loi du 13 mai 1863 a résolu la question commune aux articles 57 et 58 sur la seconde condition de l'aggravation; elle n'exige dans les hypothèses de ces deux articles, pour la récidive de *crime à délit* et pour la récidive de *délit à délit*, qu'une con-

damnation à une peine correctionnelle. Peu lui importe que l'infraction punie de cette peine correctionnelle soit ou ne soit pas un crime; pour elle le crime auquel la déclaration de circonstances atténuantes rend l'article 401 du Code pénal applicable, et le crime que l'admission d'une excuse légale ne soumet qu'à une peine correctionnelle, sont assimilables à un délit.

La loi du 13 mai 1863 a supposé que la seconde condition de l'aggravation, soit de l'article 57, soit de l'article 58, peut s'accomplir :

1° En cas de crime qui, par l'effet de la déclaration de *circonstances atténuantes*, n'est pas punissable ou n'est pas puni d'une peine criminelle ;

2° Dans le cas où le crime est déclaré excusable ;

3° Dans le cas où le jury, par la négation des circonstances constitutives du crime, ne reconnaît que l'existence d'un délit. Écoutons le rapporteur : « Que veut dire l'article 57 ? Voici un individu qui a été poursuivi pour crime; la poursuite, la pré-
« vention, l'accusation, la procédure devant la Cour d'assises,
« tout cela a constaté les qualifications du crime. Mais le jury,
« par les *circonstances atténuantes*, ou *pour une excuse qui a été*
« *admise*, n'a prononcé que des peines correctionnelles, quoique
« l'acte soit qualifié crime. Nous avons admis que *l'influence de*
« *la récidive ne serait que l'influence du délit*. La Chambre
« comprend maintenant le principe des articles 57 et 58; je le
« réduis en un mot : c'est le résultat qu'il faut considérer, ce
« n'est pas la poursuite, ce n'est pas l'incrimination ni l'accu-
« sation, c'est la déclaration du jury, c'est la condamnation. »

Je crois qu'il va m'être facile d'établir qu'il eût été opportun de résoudre les trois premières des neuf questions que j'ai indiquées.

Je suppose, c'est ma première hypothèse, qu'un agent a été condamné pour un premier crime à la peine de la reclusion; il commet un second crime passible de la même peine; mais le jury reconnaît l'existence de circonstances atténuantes. Le condamné est-il sous l'application de l'article 56 ou sous l'application de l'article 57 du Code pénal ?

Si l'aggravation pour récidive doit précéder l'atténuation pour circonstances atténuantes, la Cour, de la reclusion remonte aux travaux forcés à temps, puis elle redescend ou à la reclu-

sion, en n'abaissant la peine que d'un degré, ou à une peine correctionnelle, si elle est d'avis de l'abaissement de deux degrés. Dans ce dernier cas, la peine correctionnelle n'est pas nécessairement portée au maximum et elle ne pourrait jamais être élevée jusqu'au double; seulement l'emprisonnement ne pourrait pas être moindre d'un an.

Si au contraire, dans l'hypothèse que j'ai choisie, l'atténuation pour circonstances atténuantes précède le calcul de l'aggravation, la peine de la reclusion est nécessairement convertie en pénalité correctionnelle, et, à raison de la récidive, l'emprisonnement sera de cinq ans au moins et cet emprisonnement pourra être élevé à une durée de dix ans; la question de méthode n'est pas indifférente; elle a une grande importance.

Supposons que le second crime entraîne par lui-même la dégradation civique ou le bannissement; dans le premier cas, la récidive entraîne le bannissement, dans le second la détention. Mais s'il y a déclaration de circonstances atténuantes, l'article 401 devient applicable et la pénalité correctionnelle n'est pas nécessairement portée au maximum. Commence-t-on par le calcul des circonstances atténuantes? la peine est un emprisonnement de un à cinq ans; l'aggravation pour récidive emporte nécessairement le maximum. Le premier mode d'opérer est régi par l'article 56, le second mode est régi par l'article 57. Sous l'empire de la loi du 28 avril 1832, M. Molinier, dans cette hypothèse, accordait la priorité à l'atténuation sur l'aggravation, et appliquait l'article 57, tandis que dans l'hypothèse précédente, il accordait la priorité à l'aggravation sur l'atténuation, et appliquait l'article 56.

Pourquoi, de la part du savant auteur, cette différence dans l'ordre des calculs? parce que, dans son opinion, la récidive *de crime à crime* impliquait la nécessité que le second crime fût punissable d'une peine criminelle, et, disait l'auteur, dans la dernière hypothèse, le second crime ne pouvait être puni que d'une peine correctionnelle. Oui sans doute, si le calcul d'atténuation précédait le calcul de l'aggravation. Mais pourquoi ne suivait-il pas l'ordre inverse? dans la première hypothèse, celle du second crime punissable par lui-même de la reclusion, s'il eût tenu compte d'abord des circonstances atténuantes; il serait arrivé également à une peine correctionnelle qu'il aurait appliquée au maximum, à raison de la récidive.

La loi du 13 mai 1863 soumet-elle ces deux hypothèses ou l'une d'elles seulement à l'article 57? Nous croyons, nous, qu'elle laisse l'une et l'autre hypothèse sous l'empire de l'article 56, parce que la récidive *de crime à crime*, si elle suppose que le premier crime a été puni d'une peine afflictive et infamante ou infamante seulement, ne suppose pas que le second crime devra nécessairement ou pourra au moins entraîner une peine criminelle. Voilà notre premier motif; nous en avons un second: aux termes de l'article 463 du Code pénal, ce n'est qu'après l'aggravation de la peine pour récidive que l'effet des circonstances atténuantes au profit d'un récidiviste se calcule. Par conséquent la modification de peine résultant de l'atténuation du crime ne peut agir sur l'application de l'article 56 du Code pénal, puisqu'elle suit cette application au lieu de la précéder. Quoi qu'il en soit, la difficulté n'était peut-être pas indigne de la sollicitude des réformateurs. Il semble qu'elle n'a pas échappé à la sagacité du savant rédacteur de la circulaire du 20 mai 1863; je m'expliquerai bientôt sur ce point.

Troisième hypothèse : L'agent a été condamné pour *crime*, mais, à raison des circonstances atténuantes, il n'a subi qu'une peine correctionnelle, une peine d'emprisonnement à plus d'un an; il commet un second crime passible de la peine de la reclusion. L'admission de circonstances atténuantes rend encore l'article 401 applicable.

Nous ne sommes assurément pas dans le cas de l'article 56 du Code pénal; nous sommes en face du nouvel article 57.

Si la Cour commence par l'aggravation pour récidive, elle arrive au moins au maximum de cinq ans d'emprisonnement, et elle peut élever cet emprisonnement à dix ans; puis, aux termes de l'article 463, elle peut réduire cet emprisonnement à six jours.

La récidive n'entraîne, au moins nécessairement, aucun excédant de peine. Que si la Cour commence par l'atténuation, elle arrive à une peine correctionnelle, et la récidive la contraint de porter cette peine au maximum.

Je considère que l'article 463 bien interprété implique forcément que l'aggravation pour récidive doit précéder l'atténuation, la réduction pour circonstances atténuantes.

Cependant le nouvel article 57, si, comme le rapport de la commission et les explications échangées entre l'orateur du

gouvernement et les membres du Corps législatif semblent l'établir, il s'applique à notre troisième hypothèse, suppose que le calcul de la réduction pour circonstances atténuantes précède le calcul de l'aggravation pour récidive. L'article 57 serait ainsi en flagrante contradiction avec l'article 463, en désaccord avec un texte non abrogé; le nouvel article 57 ne serait pas moins en désaccord avec la jurisprudence la mieux assise de la Cour de cassation (Cassation, 8 janvier 1848-15 janvier 1857. — Devilleneuve et Carette, 48, 1, 520 ; 57-1-383).

Je lis dans la circulaire du 20 mai 1863 :

« Par la révision des premiers mots de l'article 57, le projet
 « du gouvernement s'était borné à résoudre, dans un sens con-
 « forme au dernier état de la jurisprudence, la question de sa-
 « voir si la peine correctionnelle, infligée pour un crime, pou-
 « vait constituer le condamné en état de récidive légale.

« C'est à l'initiative de la commission du Corps législatif
 « qu'est due, dans les articles 57 et 58, l'innovation par laquelle
 « le crime commis après la première condamnation, *et qui ne*
 « *devra être puni que de peines correctionnelles*, est assimilé au
 « délit et encourt la même aggravation. Le rapport de la com-
 « mission ne laisse aucun doute sur l'intention des rédacteurs
 « de ces textes. Le cas prévu par eux leur a paru « une variété
 « de la récidive de délit à délit, » parce que « le crime dégé-
 « nère en délit par la peine qui lui est infligée. » On comprend
 « dès lors que, pour le crime comme pour le délit, ils aient
 « édicté une aggravation identique de la peine principale, et
 « l'obligation d'infliger la surveillance. Ils ont pensé, d'ailleurs,
 « que cette rigueur serait tempérée au besoin, dans l'un et
 « l'autre cas, par la faculté d'atténuation résultant de l'ar-
 « ticle 463.

« C'est, en effet, ce qui aura lieu sans obstacle, lorsque lo
 « verdict aura *réellement* fait dégénérer le *crime* en *délit* par
 « l'admission des excuses légales ou la négation des circon-
 « stances aggravantes, puisqu'il appartient alors à la Cour
 « d'accorder ou de refuser le bénéfice de l'article 463.

« Mais il ne faut pas se dissimuler les difficultés que soulè-
 « vera dans la pratique la rédaction adoptée, en présence d'un
 « verdict qui, en déclarant l'accusé coupable d'un crime pas-
 « sible soit des travaux forcés à temps, soit de la reclusion, lui
 « aura en même temps accordé les circonstances atténuantes.

« Les peines de la récidive sont-elles toujours encourues
 « dans ces deux cas? Pourront-elles être atténuées au-dessous
 « du maximum indiqué par les articles 57 et 58? Ces graves
 « questions devront appeler toute l'attention des membres du
 « parquet et des présidents d'assises. Il ne m'appartient pas de
 « les résoudre théoriquement, et elles ne pourront être tran-
 « chées définitivement que par la Cour de cassation éclairée
 « par les travaux des juridictions criminelles. »

M. Faustin Hélie a devancé la jurisprudence de la Cour suprême dont il est l'une des lumières, et tout en s'accusant presque *de hasarder un avis sur une question* que la controverse n'a point encore mûrie, il a pensé que, lorsque le verdict du jury convertit, par l'admission des circonstances atténuantes, la peine de la reclusion, de la détention, du bannissement, de la dégradation civique, en peines correctionnelles édictées par l'article 401, la Cour d'assises peut réduire l'emprisonnement au minimum légal d'une année. Son argumentation est très-simple : l'application de l'article 401 n'est le résultat que de l'abaissement d'un degré ; la Cour conserve la faculté d'abaisser la peine d'un second degré, en sorte qu'elle peut aussi descendre au minimum d'emprisonnement d'une année ; il applique ainsi le n° 6 de l'article 463 : « Si la peine est celle de la reclusion, de la détention, du bannissement ou de la dégradation civique, la Cour appliquera les dispositions de l'article 401, sans pouvoir toutefois réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous d'un an. » Qu'importe, d'après M. Faustin Hélie, que la circonstance de la récidive porte la peine d'emprisonnement au moins à cinq ans? L'article 463 permet au juge correctionnel de ne pas tenir compte de la récidive. Pourquoi la Cour d'assises ne profiterait-elle pas de cette permission? Qu'importe que l'application du maximum de l'art. 401, qui équivaut à un premier degré d'abaissement, soit l'œuvre du jury? La Cour d'assises peut compléter cette œuvre par une réduction de l'emprisonnement ; cette réduction suppose que le calcul d'une partie de l'effet des circonstances atténuantes précède le calcul d'aggravation pour récidive ; elle place le calcul de la dernière partie de l'effet des circonstances atténuantes, la partie qui constitue l'effet facultatif, après que la circonstance de récidive a opéré. Ainsi, 1° la reclusion est convertie en emprisonnement ; 2° cet emprisonnement est au moins élevé au

maximum ; 3° il est facultatif et loisible à la Cour d'assises de réduire ce maximum à un an. Nous pouvons dire que cette combinaison est laborieuse et bien embarrassée.

M. Faustin Hélie poursuit ensuite le développement de son système, et il prévoit le cas où le nouveau crime, reconnu constant avec l'existence de circonstances atténuantes, est passible par lui-même des travaux forcés à temps ; la Cour est obligée de descendre au moins à la reclusion. Si elle abaisse la peine d'un second degré, elle doit appliquer le maximum de l'emprisonnement, cinq ans.

M. Faustin Hélie assure toujours l'effet des circonstances atténuantes avant de s'occuper de l'aggravation. Mais, encore une fois, ne fait-il pas bon marché de l'article 463 ? ne le sacrifie-t-il pas au nouvel article 57 ?

Dans mon opinion, l'agent qui, condamné pour un premier crime à un emprisonnement de plus d'un an, commet un second crime passible des travaux forcés à temps, mais que la déclaration de circonstances atténuantes n'expose qu'à la reclusion ou à l'emprisonnement de l'article 401, est à l'abri de toute aggravation pour récidive ; il n'est pas sous le coup de l'article 56, puisque, après la première condamnation, il n'a pas encouru de peine criminelle ; il n'est pas sous le coup de l'article 57, puisque son crime n'est pas nécessairement passible d'une peine correctionnelle. Quelle aggravation la Cour appliquerait-elle, si elle ne voulait abaisser la peine que d'un degré ? La déclaration des circonstances atténuantes substituerait aux travaux forcés à temps la reclusion. Il n'y aurait pas de place assurément pour l'aggravation de l'article 57. Pourquoi cette aggravation deviendrait-elle possible, parce que la Cour abaisserait la peine de deux degrés et arriverait à l'article 401 ? L'aggravation ne saurait devenir applicable par l'éventualité, je ne dis pas ici par l'effet des circonstances atténuantes ; cet effet n'est que facultatif ; le bénéfice de l'atténuation ne doit opérer que sur la peine aggravée par la récidive, et si elle n'est pas aggravable, cessant l'existence des circonstances atténuantes, elle ne saurait le devenir à cause de ces circonstances.

Objecterait-on que, dans cet ordre d'idées, l'agent, condamné une première fois à plus d'une année d'emprisonnement, serait de meilleure condition, s'il commettait un crime que les circonstances atténuantes affranchiraient d'une peine criminelle,

que s'il commettait un délit? Il ne serait pas en effet nécessairement puni du maximum de la peine; la réponse, c'est que si le jury n'eût jugé ce récidiviste digne d'indulgence, il ne l'aurait pas dérobé à l'application de la peine criminelle.

Je crains que l'addition faite au projet du gouvernement ne soit une addition malheureuse et qu'elle ne cause à la magistrature beaucoup de troubles et d'ennuis. M. le garde des sceaux Delangle, dans les prévisions de sa circulaire, n'a pas exagéré les embarras à venir. L'optimisme qui applaudit à l'innovation paraît ignorer et ne pas même soupçonner les motifs qui exemptaient d'aggravation la récidive d'infractions punies correctionnellement, quand ces infractions étaient susceptibles d'une peine criminelle.

Quatrième hypothèse : Un agent a été condamné à une peine criminelle; il commet un second crime qui, aux termes de l'article 326, n'est passible que d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, ou même d'un emprisonnement de six mois à deux ans. Est-ce l'aggravation pour récidive ou l'atténuation pour l'excuse que la Cour doit d'abord appliquer? L'aggravation est-elle régie par l'article 56 ou par l'article 57? Par l'article 56 suivant nous; par l'article 57 suivant M. Molinier. Le choix entre ces deux systèmes détermine l'ordre du calcul.

Si la Cour commence par l'aggravation, l'excuse, à moins que cette aggravation ne convertisse une peine temporaire en une peine perpétuelle, l'efface complètement; elle permet toujours de n'en tenir aucun compte.

Dans le cas où, par exemple, la pénalité sans l'excuse serait les travaux forcés à temps, la circonstance de la récidive élève cette pénalité aux travaux forcés à perpétuité; l'excuse donne à la Cour la latitude entre un an et cinq ans; n'y eût-il pas eu récidive, elle eût eu la latitude entre deux ans et six mois.

La Cour commence-t-elle par faire le calcul des conséquences de l'excuse? Elle doit, si la peine est d'un an à cinq ans, prononcer le maximum de cinq ans, le maximum de deux ans si la peine est de six mois à deux ans, et si le nouvel article 57 s'applique comme le rapport de la commission et les explications échangées et la circulaire de M. le garde des sceaux semblent l'établir, il suppose que le calcul de l'effet de l'excuse précède le calcul de l'aggravation pour récidive.

On pourrait encore compliquer cette hypothèse et faire con-

courir la récidive, l'excuse et les circonstances atténuantes.

Il y a trois calculs à faire, un calcul d'aggravation et deux calculs d'atténuation.

La Cour commence-t-elle par l'aggravation? elle n'est nullement liée; elle arrive toujours à une peine correctionnelle de deux à cinq ans ou de six mois à deux ans; elle peut réduire l'emprisonnement à six jours et l'amende à 16 francs; elle peut même réduire l'emprisonnement au-dessous de six jours et l'amende au-dessous de 16 francs, si l'excuse a par elle-même réduit la peine à un emprisonnement de six mois à deux ans. Ici encore, les circonstances atténuantes permettent de ne pas tenir compte de l'aggravation pour récidive. A qui, dans cette quatrième hypothèse, appartient-il de déclarer l'existence des circonstances atténuantes? Est-ce à la Cour en vertu du dernier paragraphe de l'article 463? est-ce au jury, parce qu'il s'agit d'une matière criminelle et que le crime excusable reste un crime? La Cour de cassation, sous l'empire de la loi du 28 avril 1832, suivait le premier système et M. Molinier le défendait.

Je défendais le second système. Si c'est le premier système qui prévaut, avec le nouvel article 57, le jury n'obligera pas la Cour: il lui laissera sur les circonstances atténuantes toute sa liberté d'action.

Cinquième hypothèse: Pour le mineur de seize ans qui a agi avec discernement, les peines de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation sont remplacées par la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement; les peines des travaux forcés à temps, de la détention ou de la reclusion sont remplacées par un emprisonnement du tiers au moins et de la moitié au plus de la peine à laquelle il eût pu être condamné; la peine de la dégradation civique ou du bannissement est remplacée par un emprisonnement d'un an à cinq ans.

Le mineur de seize ans récidiviste ne peut jamais tomber sous l'application de l'article 56, mais il peut tomber sous l'application soit de l'article 57, soit de l'article 58.

Est-ce sur la peine à laquelle serait condamné un majeur qu'il faut calculer l'aggravation pour récidive, sauf ensuite à appliquer l'article 67 du Code pénal? Faut-il au contraire appliquer d'abord l'article 67 du Code pénal, et, à raison de la récidive, porter l'emprisonnement au maximum avec faculté de l'élever jusqu'au double?

Ces deux modes de calcul ne conduisent pas nécessairement aux mêmes résultats. La seconde infraction est un crime qui contre un majeur entraînerait les travaux forcés à temps; la circonstance de la récidive n'entraînerait contre le majeur aucune aggravation; il ne serait pas dans l'hypothèse de l'article 56, puisqu'il n'aurait pas encore subi de peine criminelle; il ne serait pas dans l'hypothèse de l'article 57, puisque son dernier crime emporterait une peine afflictive et infamante. Le mineur de seize ans devrait donc être condamné sans aggravation à un emprisonnement qui ne pourrait excéder cinq ans, mais qui pourrait n'être que d'un an et huit mois.

En faisant l'opération dans l'ordre inverse, le mineur de seize ans encourt nécessairement un emprisonnement de cinq ans, lequel pourrait être doublé, mais ne dépasserait jamais dix ans. Avec les circonstances atténuantes, à la condition de n'en tenir compte qu'après les deux autres opérations, la peine pourrait être abaissée jusqu'à un emprisonnement de six jours, et cela dans les deux systèmes précédents de calcul. Mais ne faudrait-il pas suivre un autre système? Le juge ne devrait-il pas d'abord examiner quelle serait la peine applicable à un majeur pour le crime considéré en lui-même, réduire la peine, à raison des circonstances atténuantes, toujours comme s'il avait affaire à un majeur, sauf à appliquer ensuite l'article 68 ou l'article 69 suivant le cas?

La pénalité applicable à un majeur eût été la peine des travaux forcés à temps; l'admission des circonstances atténuantes ferait descendre cette peine à la reclusion et à l'emprisonnement de l'article 401, et, suivant que le juge adopterait l'abaissement d'un degré ou de deux degrés, le mineur encourrait avec l'article 67 un emprisonnement qui varierait du tiers du minimum à la moitié au plus du maximum de la peine à laquelle il aurait pu être condamné s'il eût été majeur, et qui ne pourrait, avec l'article 69, dépasser la moitié de la durée de l'emprisonnement qu'il eût encouru sans le bénéfice de sa minorité.

Je combattais ce dernier système sous l'empire de la loi du 28 avril 1832.

« Est-il bien rationnel de supposer que les circonstances
 « atténuantes aient été admises, au profit d'un majeur, pour
 « constater finalement la mesure de pénalité que ce majeur

« aurait encourue? Est-ce que la peine sur laquelle se mesure
 « l'atténuation est la peine que, dans telle ou telle hypothèse
 « donnée, un majeur subirait? Non; c'est la peine que le fait
 « pris en lui-même, considéré dans ses éléments intrinsèques,
 « emporterait contre un majeur; et cela est bien différent: il
 « n'y a plus à faire d'appréciation hypothétique. Quelle est la
 « peine écrite dans la loi? Quelle est la peine que l'admission de
 « l'excuse substitue à la peine de droit commun? Ces deux
 « questions résolues, si la Cour d'assises reconnaît l'existence
 « de circonstances atténuantes, elle abaisse encore dans les li-
 « mites de l'article 463, dernier paragraphe, la peine cor-
 « rectionnelle qui remplace la peine afflictive et infamante
 « écartée. »

La question a moins d'intérêt quand le mineur a pour juge un tribunal correctionnel que lorsqu'à raison de sa complicité avec des majeurs, ou à raison de la gravité du crime, il est traduit devant le jury. Dans ce dernier cas, la déclaration des circonstances atténuantes par le jury est-elle obligatoire pour la Cour? Je soutenais l'affirmative sous l'empire de la loi du 28 avril 1832, et cette solution était celle de la Cour de cassation et de M. Molinier, qui n'assimilaient pas cette hypothèse aux hypothèses de l'article 326 du Code pénal. Le jury jugeait *en matière criminelle*.

Le nouvel article 57 change-t-il quelque chose à cela? Je ne le crois pas. Cependant cet article semble décider que l'excuse de l'article 66 et les excuses de l'article 326 font dégénérer le crime en délit. Il régit en effet la récidive de crime à délit. Il est vrai qu'il décide bien aussi que la déclaration des circonstances atténuantes peut faire dégénérer le crime en délit.

Sixième hypothèse: Un agent condamné soit pour crime, soit pour délit, à un emprisonnement de plus d'un an, est ensuite traduit devant la Cour d'assises pour un crime postérieur à la première condamnation; le juge écarte les circonstances qui imprimaient à l'infraction le caractère du crime; il ne reconnaît que l'existence d'un délit. L'article 57 ou l'article 58, suivant que la première condamnation a été prononcée pour crime ou pour délit, est applicable. La rédaction nouvelle est sans influence sur cette sixième hypothèse. — Le parti que prend le jury, quant aux circonstances atténuantes, ne lie pas la Cour; elle peut les rejeter bien qu'il les ait admises, les ad-

mettre bien qu'il les ait refusées par son silence; la récidive élèvera la peine correctionnelle au maximum. Mais si la Cour déclare l'existence des circonstances atténuantes, elle peut abaisser l'emprisonnement à six jours et l'amende à 16 francs; elle peut même descendre aux peines de simple police si le minimum de la peine correctionnelle est inférieur à un an.

La loi du 13 mai 1863 a réparé l'omission reprochée à l'ancien article 57, en établissant une similitude absolue entre la récidive de *crime à délit* et la récidive de *délit à délit*; mais nous savons que, dans sa pensée, le crime qui n'est punissable, par suite d'une déclaration de circonstances atténuantes, que d'une peine correctionnelle, dégénère en délit. Eh bien! la déclaration de circonstances atténuantes dans l'hypothèse où les circonstances atténuantes autorisent l'application de l'article 401 laisse-t-elle à la Cour la liberté de dispenser du renvoi sous la surveillance de la haute police, soit qu'il s'agisse de l'article 57, soit qu'il s'agisse de l'article 58? La question est, en effet, commune à ces deux articles, et elle va bientôt s'élargir. Oui, ont répondu les orateurs du gouvernement, et cette opinion, sauf l'expression de quelques doutes, de quelques scrupules de M. Picard a paru être l'opinion générale; même en cas de récidive, du moment où le crime à punir n'est plus qu'un délit, le juge peut descendre, en cas de récidive, à un emprisonnement de six jours et à une amende de 16 francs. Voilà la solution de l'article 463. Elle domine les articles 57 et 58; elle s'y incorpore puisqu'elle n'est pas abrogée.

Cette considération, qui s'est si facilement accréditée au sein du Corps législatif, n'est qu'une idée spécieuse et décevante. En effet, si l'on applique les articles 57 et 58 aux crimes qui ne seront punis que de peines correctionnelles par suite des circonstances atténuantes, il y aura nécessité impérieuse d'appliquer au moins le maximum de ces peines, en supposant qu'on ne le double pas. Le crime une fois métamorphosé en délit (et l'on prétend que les réformateurs ont attribué cette puissance de métamorphose aux circonstances atténuantes), le juge chargé de prononcer la peine a devant lui un maximum inflexible, le maximum de la peine correctionnelle; il ne peut donc pas affranchir le récidiviste de la surveillance; il ne peut pas davantage réduire l'emprisonnement ou l'amende. Le Corps législatif a eu une intention contraire, sans doute; mais il n'en

a pas moins voté l'addition faite aux articles 57 et 58, et, à moins de ne pas l'étendre aux crimes que les circonstances atténuantes placent sous l'empire de l'article 401, cette addition impose la nécessité du maximum. Les articles 57 et 58 font la part de la récidive et des circonstances atténuantes pour le crime devenu délit, et, par conséquent, on ne saurait recourir à l'article 463, qui ne se combine avec ces articles et n'exerce une puissance de modification que lorsque les circonstances atténuantes viennent s'ajouter à une excuse ou alléger la responsabilité d'un vrai délit.

Des neuf questions que j'ai signalées dans cette étude, comme nées de la législation qu'il avait pour but de reviser, le projet du gouvernement ne résolvait que la cinquième question; il plaçait sur la même ligne la récidive de crime à délit et la récidive de délit à délit, en exigeant que, pour l'une comme pour l'autre, le premier terme fût au moins une condamnation excédant un an d'emprisonnement. Il se gardait de décider que le second terme de ces deux récidives peut ne pas être un délit; il ne déclarait pas qu'un crime perdrait son caractère de crime s'il était reconnu *excusable*; qu'il perdrait encore son caractère de crime si, par l'effet des circonstances atténuantes, il n'était *puni*, ou au moins n'était *punissable* que d'une peine correctionnelle. Le projet n'avait donc pas eu à résoudre la question capitale, la question prédominante de l'ordre de priorité entre le calcul d'aggravation pour récidive et le calcul d'abaissement ou même de conversion imposé par les circonstances atténuantes ou par l'excusabilité.

La commission du Corps législatif, pour compléter la réforme, s'est saisie de la question controversée de savoir si le crime puni des peines correctionnelles remplit la condition du second terme de la récidive de l'article 57 et de l'article 58, et elle n'a pas cru, et le Corps législatif n'a pas cru plus qu'elle que, pour combler la lacune reprochée au projet, il fût nécessaire d'élargir singulièrement l'examen, d'embrasser dans son ensemble la matière de la récidive. Je suis enclin à penser qu'il y a eu une illusion. Je suis convaincu qu'on ne pouvait faire, pour le calcul de la récidive de *crime à délit* et de la récidive de *délit à délit*, l'assimilation dont le Corps législatif a eu l'initiative, sans toucher à l'article 56, c'est-à-dire à la récidive de *crime à crime*, et sans donner un démenti tout à la fois à l'ar-

ticle 463 et à la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'ordre des calculs d'aggravation et d'atténuation. Ce qui m'enhardit dans ma conviction, c'est l'inquiétude dont la circulaire de M. Delangle renferme le témoignage, non pas, il est vrai, pour l'assimilation du crime *excusable* au délit, mais pour l'assimilation au délit du crime que les circonstances atténuantes *permettent*, ou au moins *forcent* de ne punir que de peines correctionnelles.

A. BERTAULD.

DE LA CONCILIATION

DANS SES RAPPORTS AVEC LA PERMISSION D'ASSIGNER A BREF DÉLAI.

PAR M. C. FRÉGIER,

président du tribunal de première instance de Sétif,
membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

Cette permission dispense-t-elle, *ipso facto*, du préliminaire de conciliation ?

I.

Consultons, avant tout, les textes.

D'une part, l'article 72 du Code de procédure civile est ainsi conçu :

« Le délai ordinaire des ajournements... sera de huitaine. Dans les cas qui requerront célérité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai. »

D'autre part, l'article 49 du même Code porte :

« Sont dispensées de conciliation les demandes qui requerront célérité. »

De la combinaison de ces deux articles, plusieurs auteurs et la plupart des tribunaux tirent et déduisent cette conséquence :

Au président le droit de décider souverainement, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que, dans un cas donné, la cause *requiert* célérité.

Donc, dans ce cas, aux termes de l'article 49, n° 2, la cause,

requérant célérité, est incontestablement dispensée du préliminaire de conciliation.

Ainsi raisonnent Carré, Thomine-Desmazures, MM. Adolphe Chauveau, Carou et Rodière : telle est la jurisprudence consacrée par plusieurs arrêts de Cours impériales et de la Cour de cassation elle-même.

MM. Dalloz et Bonnier ne partagent pas la doctrine de ces auteurs, et la Cour de cassation a plus d'une fois proclamé une jurisprudence diamétralement contraire.

Entre ces deux camps opposés s'en place un troisième : c'est celui de la doctrine et de la jurisprudence que M. Dalloz a fort justement appelées *intermédiaires*.

Elles consistent à dire que l'ordonnance du président portant abréviation de délai est susceptible d'opposition devant le tribunal et que, si le défendeur ne s'oppose pas à son exécution, elle devient définitive non-seulement quant à l'*abréviation* de délai, mais encore quant au *caractère* de célérité de la cause, et, par suite, quant à la *dispense* de conciliation.

La première opinion a pour elle, entre autres arguments, une pratique générale et justifiée, pourrait-on ajouter, par des résultats également dignes de l'approbation du législateur et du jurisconsulte.

La seconde me paraît fondée sur l'esprit et la lettre de la loi et sur des inductions logiques d'une incontestable puissance.

La troisième, comme la plupart des opinions intermédiaires et mixtes, a, suivant moi, le malheur de violer les principes de la loi et les règles de la raison juridique, tout en ne visant qu'à la conciliation des deux textes de la loi diversement interprétés.

Je veux essayer de prouver qu'à mes yeux une quatrième opinion peut être émise, qui, se basant sur les nécessités de la pratique, sur la saine interprétation des textes, sur la véritable intelligence de l'esprit du législateur, et enfin sur la force logique des choses et des idées, fait une juste part de tous les arguments produits pour ou contre les trois premières et les harmonise entre elles dans un seul et unique argument de nature à satisfaire les partisans des uns et des autres.

Cette quatrième opinion, je la formule en ces termes :

« L'ordonnance à bref délai du président ne peut nullement lier le tribunal sur le point de savoir quelle est la nature de

la cause, si ou non la cause requiert célérité. Le tribunal a le droit et le devoir, soit sur la demande du défendeur, soit même d'office, de déterminer le véritable *caractère* de cette cause. »

La question est grave, fort grave en elle-même, comme tout ce qui se rattache à ces questions de forme qui, au dire de Montesquieu, sont « la vie de la loi » ou la loi en action. Mais elle l'est plus encore eu égard à ses conséquences.

Admettez, en effet, un instant, l'affirmative ! admettez que la dispense de conciliation émane de plein droit directement ou indirectement de l'abréviation des délais ordinaires des ajournements ! Savez-vous à quelle extrémité vous aboutirez ? à l'anéantissement en fait du préliminaire de conciliation !

Accordez-moi l'ordonnance du président, telle que l'entendent les partisans de la première opinion, et même, à certains égards, ceux de l'opinion intermédiaire, et c'en est fait, dans une foule de circonstances, d'une institution sociale d'ordre public, destinée à prévenir ou à étouffer les procès. Vous effacez de notre Code de procédure, ou tout au moins vous défigurez ou vous rendez inutile et illusoire autant qu'il dépend de vous tout le chapitre de la conciliation.

Il ne me sera pas difficile de le démontrer.

II.

Rappelons-nous l'enthymème que nous avons posé au début de ce travail.

Le président décide souverainement que, dans un cas donné, la cause requiert célérité.

Donc, dans ce cas, la cause requérant incontestablement célérité est dispensée du préliminaire de conciliation.

Analysons et la majeure et la conséquence de ce syllogisme abrégé, en allant au fond de la mineure qu'elles sous-entendent et qui leur sert de lien commun.

Le président *décide*...

Mais d'abord est-il vrai que ce magistrat, répondant affirmativement ou négativement, peu importe, à la requête qui lui est présentée par un défendeur ou par un simple justiciable, pour obtenir la faveur d'un bref délai, rend une *décision* ?

Est-il vrai ensuite qu'à supposer que la réponse du président

soit une *décision judiciaire*, cette décision porte sur la dispense de conciliation de même que sur l'abréviation du délai normal de l'assignation ?

Quelques mots de réponse à chacune de ces questions.

Non ! l'ordonnance du président n'est pas à proprement parler une décision judiciaire ! non, pareille décision n'est ni un *jugement* dans le sens ordinaire de ce mot, ni même une ordonnance ou une *sentence de référé* !

Elle n'est pas un *jugement*, car elle ne statue pas sur une question litigieuse. Elle ne juge pas une demande portant sur le fond même d'une contestation née entre les parties, entre un demandeur et un défendeur, s'agitant ou pouvant contradictoirement s'agiter en vertu d'un appel régulier en justice, ayant pour but de mettre la partie défenderesse en mesure de contester et de se défendre.

Elle n'est pas davantage une sentence ou une ordonnance de référé ; car, indépendamment de ce que nous venons de dire pour démontrer qu'elle n'est pas un jugement, il est encore à remarquer qu'ainsi que nous le verrons plus bas, et à la différence de l'ordonnance de référé, elle ne statue plus même provisoirement sur une contestation ou un litige.

Ce n'est donc pas une décision.

Mais, dira-t-on, elle tranche, sinon une question de droit ou une question de fait, du moins une difficulté pouvant se formuler en ces termes.

Oui ou non, le justiciable qui demande un délai d'urgence, un bref délai, mérite-t-il de l'obtenir ?

Sans doute ! mais il s'agit bien moins d'un acte de juridiction *contentieuse* que d'un acte de juridiction *gracieuse*, d'une difficulté de forme ou de fond, que d'une question *d'ordre et d'administration* judiciaire.

Ainsi donc, l'ordonnance du président n'est pas une décision dans le sens technique et vulgaire de ce mot.

Mais je vous accorde que ce soit une décision ; cette décision est-elle *souveraine* ?

Souveraine ! Eh ! pourquoi ? Je comprendrais qu'elle le fût si elle ne statuait que sur la question tout administrative et gracieuse de savoir s'il y a lieu ou non d'accorder l'abréviation de délai demandée : dans cette hypothèse, l'ordonnance ou, si vous aimez mieux, la décision du président, ne serait autre

chose qu'une mesure d'ordre, mesure d'administration demandée sur simple requête en l'absence de tout contradicteur, qu'il lui appartiendrait d'octroyer ou de refuser, et qui, n'ayant pour objet que l'accélération du cours ordinaire de la procédure, n'aurait et ne pourrait avoir pour résultat de préjuger, ni définitivement ni même provisoirement, le fond du droit.

Il n'est pas douteux que, dans cette hypothèse, l'ordonnance du président ne serait susceptible d'aucun recours, et ce qui le prouve péremptoirement, c'est que le législateur a eu soin de garder le plus profond silence sur un mode quelconque de recours contre cette ordonnance, tandis qu'à l'égard de celles rendues, par exemple, soit en matière de référé, soit en matière de faillite, soit en matière de taxe, il n'a pas manqué d'en parler.

D'où il semble naturel de conclure que, s'il ne s'agit que d'abréviation de délai, le pouvoir du président sera un pouvoir entièrement abandonné à son appréciation, un pouvoir dont il ne sera comptable qu'envers sa conscience, un pouvoir *discrétionnaire*, et partant irréfragable et souverain.

Au reste, toujours dans cette hypothèse, et même en l'absence de tout argument tiré de la parole ou du silence du législateur, nous comprendrions encore que l'ordonnance du président fût irréformable : ainsi le voudraient la raison et le bon sens, « ce grand maître de la vie humaine et judiciaire. »

En effet, que s'est proposé le législateur? Évidemment de conférer au président le droit et par là de lui donner le moyen de prévenir toute contestation, tout procès sur le bien ou le mal jugé de son ordonnance, une contestation ou un procès de ce genre devant le plus souvent entraîner de longs délais et conséquemment rendre pleinement illusoire le but de la loi.

Eh bien ! dites qu'une voie quelconque est ouverte contre cette ordonnance ! — une mauvaise chicane, une menée, une manœuvre purement vexatoire *malo animo* de la part du défendeur, suffira pour priver le demandeur de ce que la loi a formellement voulu lui donner — le bénéfice de bref délai !

Or est-il possible d'admettre tant d'imprévoyance et si peu de logique chez un législateur sensé ?

Mais, ne l'oublions pas, le caractère de souveraineté ou d'irréformabilité, dont nous revêtons sans hésiter l'ordonnance

du président, n'appartient à cette ordonnance qu'en tant qu'elle ne porte que sur l'abréviation de délai.

Que si elle s'applique à la dispense de conciliation, tacitement ou expressément demandée, si tacitement ou expressément elle l'accorde, il n'en est pas et il ne peut en être de même.

Voyons donc si l'ordonnance du président, en admettant qu'elle soit une décision, une décision judiciaire, porte sur la dispense de conciliation en même temps que sur l'abréviation du délai de l'ajournement.

L'article 72, *limitatif* comme toutes les dispositions de la loi qui dérogent à une règle générale, ne confère au président qu'une faculté, celle de permettre d'assigner à bref délai, et cette faculté doit être restreinte dans les limites du texte qui la crée.

Cette proposition ne me paraît pas contestable, et mes adversaires en conviennent indirectement, quand ils en sont réduits à invoquer, non des textes, mais des inductions logiques du texte de cet article.

Or, assigner à bref délai, est-ce dispenser de conciliation?

Évidemment non, et cela pour plusieurs motifs ;

L'autorisation d'assigner à bref délai et la dispense de conciliation sont deux choses distinctes en soi, pouvant bien à la vérité, et dans certains cas seulement, avoir quelques rapports entre elles, mais qu'il ne serait ni raisonnable ni logique de confondre ni d'identifier dans tous les cas.

Je vous demande un bref délai ; — mais de deux choses l'une : — ce bref délai, je peux le demander ou sans avoir, ou après avoir tenté le préliminaire de conciliation.

Dans la première hypothèse j'ai cru que la célérité requise par ma cause m'en dispensait ; dans la seconde, j'avais besoin de ne pas subir le délai ordinaire de l'ajournement ou, ce qui est la même chose, le délai de huitaine.

Dans la première je n'ai rien à faire avec l'article 72 ; cet article n'a été fait que pour la seconde, c'est-à-dire pour celle où le préliminaire conciliateur ayant été inutilement tenté, je n'aurai plus qu'à introduire instance, et par suite à lancer contre mon débiteur une assignation à comparaître dans le délai ordinaire ; — je cours une chance : — le tribunal décidera d'office, sur le vu de l'assignation donnée à mon adversaire, si j'ai eu raison

de croire que ma demande devait être dispensée du préliminaire de conciliation ; si le tribunal juge qu'elle requérait réellement célérité, alors, quand même mon adversaire exciperait lui-même contre moi du défaut de ce préliminaire, le tribunal lui répondra par la dispense écrite dans le n° 2 de l'article 49 pour les demandes qui requièrent célérité ; sinon il me renverra devant le magistrat de paix, par la raison que le président qui pouvait me dispenser du délai ordinaire de huitaine pour les ajournements, ne pouvait et ne devait pas par cela seul me dispenser d'un préliminaire impérieusement exigé par la loi, et dont la loi pouvait seule me dispenser.

Dans cette hypothèse donc, l'ordonnance ne portera que sur le délai.

Dans la seconde, j'ai fait ce que la loi m'ordonnait.

La conciliation devait être tentée : elle l'a été, mais en vain. Me voilà en mesure de descendre dans l'arène, mon adversaire et moi pourrons désormais nous présenter devant le tribunal.

Seulement, comme dans les cas ordinaires, *plerumque*, je ne pourrais m'y présenter que huit jours au moins à partir de mon cartel ou de mon assignation, et qu'il m'importe de livrer le combat dans un plus bref délai possible, le président qui en a la police, qui peut fixer à tel jour ou tel autre l'appel et la plaidoirie de mon affaire à telle ou telle audience, pourra, sur ma requête et si je lui démontre que ma cause est du nombre de celles qui requièrent la célérité, ordonner qu'elle sera enrôlée, fixée, plaidée et, si c'est possible, jugée avant l'expiration de la huitaine.

Dans cette seconde hypothèse l'ordonnance ne portera, comme dans la première, que sur le délai d'assignation.

Mais, je ne saurais trop le répéter, cette hypothèse diffère essentiellement de la première.

Dans le premier cas, je ne sais pas, qu'on me pardonne ces expressions métaphoriques, si je me mesurerai avec mon adversaire sur le terrain judiciaire, et je le sais si peu que la loi espère, comme je puis et dois espérer moi-même que je ne me battrai pas avec lui, et que le juge de paix, en nous conciliant, prévientra toute hostilité, toute guerre entre nous.

Dans celui-ci, au contraire, la guerre est certaine, inévitable, il ne me reste plus qu'à en fixer le jour et l'heure : il faut que ma querelle se vide les armes à la main — plus de juge de

paix ! place au juge de guerre, au juge du combat, au tribunal ! c'est lui, lui seul qui doit la terminer. Je ne cherche plus à l'éviter, loin de là ! il me tarde de le déclarer ouvertement et de le prouver avec vigueur. — Tout ce que je veux, c'est d'engager le combat plus tôt qu'à l'ordinaire, parce qu'il y a urgence pour moi d'en connaître l'issue et de m'en faire adjuger le prix, je veux dire les avantages attachés à l'obtention du droit qui m'est contesté par mon adversaire.

Dans ces deux hypothèses, soit que j'aie ou non tenté le préliminaire de conciliation, le président ne pourra statuer que sur une question d'abréviation de délai, jamais sur une question de dispense de préliminaire de conciliation.

C'est ce que veut l'article 72, c'est aussi ce que veut la raison. Comment, en effet, admettre qu'une formalité, mais une formalité d'ordre public, puisse être abandonnée à l'arbitraire du seul président ? Eh quoi ! ce que la loi a établi, il pourrait dépendre d'un magistrat unique de le détruire ! Encore si l'ordonnance du président, semblable aux ordonnances de référé et autres à caractère litigieux, était rendue en présence des parties ou elles dûment appelées, après une contradiction légitime s'il y a lieu ! Il y aurait au moins là une garantie contre la précipitation, la négligence, l'arbitraire, l'erreur ! Mais non, rien de semblable : le président prononce seul sur la *requête* d'une seule des parties intéressées, et cela sans recours, sans opposition ni appel, après la rapide lecture de cette requête sans examen préalable, quelquefois même sur le simple vu de son dispositif et sans avoir préalablement lu ses motifs ! Mais franchement, ne voyez-vous pas qu'interpréter ainsi l'article 72 c'est lui donner une portée qu'il n'a pas, c'est accorder au président du tribunal, non pas seulement le pouvoir d'un juge, mais bien celui d'un législateur ?

Direz-vous que le président est présumé n'octroyer le bref délai qu'à bon escient, alors qu'il lui est *justifié* que l'affaire requiert célérité ?

Je réponds qu'en fait cette objection n'est pas sérieuse ; on sait ce qui se passe tous les jours. Le président ne peut pas toujours s'assurer de cette justification, et le pût-il, il ne s'en assure réellement pas ; il appointe les requêtes à fin de bref délai, plutôt (le dirai-je ?) *pour la forme*, machinalement, sans s'enquérir sérieusement si les motifs déduits dans la requête sont

exacts et concluants. Appointer une requête, c'est trop souvent pour lui affaire de style et rien de plus.

Or, avant comme depuis le Code de procédure, les choses se sont ainsi passées en matière d'ordonnances de bref délai; et certes, le législateur de 1810 ne l'ignorait pas.

Il l'ignorait si peu qu'il s'est bien gardé de placer les dispositions de l'article 72 parmi l'un des articles relatifs à cette procédure *extrajudiciaire* ou plutôt *antéjudiciaire* qu'il nomme la *conciliation*.

Dans le chapitre qu'il consacre à cette procédure, pas un mot du président, pas un mot d'ordonnance du président! Ce magistrat, en général uniquement chargé de *trancher* les litiges, n'avait que faire d'une procédure qui a pour objet de les *déliar*, il ne devait parler que du juge à qui il a confié cette belle mission, et c'est ce qu'il a fait.

Parcourez tout le titre premier de la *Conciliation*, il n'y est question ni de juge ni de justice de paix! Lisez, au contraire, le titre deuxième de l'*Ajournement*, c'est-à-dire de l'acte qui à défaut de conciliation, défaut qu'il doit constater à peine de nullité, déclare la guerre ouverte et donne le signal des premières hostilités. C'est là, mais là seulement, que vous trouverez la disposition de l'article 72.

Ces hostilités commenceront-elles dans le délai ordinaire de l'ajournement, ou bien dans un délai moins long, dans un bref délai? Voilà ce que le président, saisi d'une requête à cette fin, aura à décider. Son ordonnance n'aura ni ne pourra avoir d'autre but, et, en tant qu'elle se renfermera dans le cercle qui lui a été tracé par l'article 72, cette ordonnance sera inattaquable, souveraine.

Que si elle sort de ce cercle, si, non contente d'accorder un bref délai, elle accorde, en outre, la dispense du préliminaire de conciliation, alors elle fait ce qu'elle ne doit pas faire : elle excède les pouvoirs conférés par la loi au président, et comme telle, sans être, à proprement parler, l'objet d'aucune opposition ni d'aucun appel, elle n'en sera pas moins susceptible d'être discutée sur ce point devant le tribunal. Si le défendeur prétend que, nonobstant les motifs de la requête à bref délai, la cause n'était pas du nombre de celles que la loi elle-même a dispensées de la tentative de conciliation, le tribunal, sans s'inquiéter des termes de l'ordonnance, laquelle, n'étant pas un

jugement dans le sens ordinaire de ce mot, ne pourra créer au profit du demandeur l'exception de chose jugée, le tribunal, dis-je, décidera que la cause ne requiert pas célérité et, par suite, renverra les parties devant le bureau de conciliation.

Objecterez-vous encore que l'ordonnance de bref délai implique la célérité de la cause? Tant que vous voudrez! Ajoutez même, si vous y tenez, qu'elle formera à cet égard une sorte de préjugé, et qu'en fait, plus d'une fois l'ordonnance ainsi rendue entraînera le rejet par le tribunal des prétentions du défendeur; mais entre le simple préjugé moral d'un fait et sa preuve juridique, il y a loin, et c'est là, tout *considéré*, le véritable nœud de la question.

C. FRÉGIER.

RECHERCHES SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.

Par M. Georges Picot, avocat à la Cour impériale de Paris.

SIXIÈME ET DERNIER ARTICLE¹.

Mainlevée du mandat de dépôt.

Le tableau de la législation française serait incomplet si nous passions sous silence la loi du 4 avril 1855, qui a organisé une sorte de mise en liberté provisoire sans caution².

D'après le Code d'instruction criminelle, l'action du mandat de dépôt ne pouvait être anéantie que par une ordonnance de non-lieu ou un acquittement, de sorte que la détention préventive ayant été ordonnée, il n'était pas au pouvoir du juge qui en reconnaissait l'inutilité d'en faire cesser purement et simplement les effets. Il y avait là une lacune que le projet de loi présenté en 1843 (V. *les pièces justificatives*, n° 2) avait essayé

¹ V. le présent tome, p. 323.

² Il y a cette différence fondamentale entre la mise en liberté sous caution et la mainlevée du mandat de dépôt, que la première mesure est réclamée par le détenu qui la demande par *voie contentieuse*, tandis que le mandat de dépôt est anéanti par *voie gracieuse*. Dans le premier cas, le prévenu qui échoue interjette appel; dans le second, il doit se soumettre.

de combler. Reprise de nouveau en 1845, la discussion fut ajournée, parce qu'on voulut, suivant un usage alors consacré, recueillir l'opinion des Cours et des Facultés de droit¹. En 1855, un projet fut présenté au Corps législatif, autorisant la mainlevée du mandat de dépôt. L'exposé des motifs, après avoir indiqué les vices du Code, démontrait que la liberté sous caution ne pouvait suffire à les effacer, puisque cette mesure était réservée aux prévenus de délit. Or les auteurs de la loi reconnaissent que la liberté provisoire devait dans des cas exceptionnels s'étendre aux accusés de crime².

Cette loi, dont la sagesse est aujourd'hui reconnue par ceux mêmes qui seraient tentés de combattre la liberté sous caution, est plus hardie dans son application qu'aucune des mesures prescrites par notre Code d'instruction criminelle. Nous sommes loin de nous en plaindre, et, depuis huit ans, elle a produit des résultats qui sont le meilleur argument apporté à notre cause. Comment pourrait-on reprocher leur témérité aux défenseurs de l'élargissement provisoire quand une loi votée à l'unanimité et appliquée impunément depuis 1855 a dépassé en hardiesse la réforme que nous nous efforçons de faire prévaloir ?

Dans les poursuites criminelles, les magistrats qui veulent faire cesser la détention préventive n'ont pas le choix ; une seule voie s'offre à eux : la mise en liberté pure et simple de l'inculpé ; une situation aussi absolue entraîne des inconvénients faciles à apprécier. Quant une autorité est investie du droit de prendre une mesure, elle a ordinairement la faculté d'en modérer les effets. Ici tout est de droit étroit. On dit au juge d'instruction : arrêtez ou laissez libre ; on ne lui permet pas de prendre des tempéraments. Que de cas où le maintien

¹ Les Cours et les Écoles de droit, consultées en 1846, se prononcèrent presque toutes pour la levée facultative du mandat de dépôt.

² Les procureurs généraux ont été consultés en 1853 : 22 sur 27 ont envoyé une opinion favorable. (Exposé des motifs, *Moniteur* du 19 janvier 1855.)

³ Art. 84 (modifié par la loi du 4 avril 1855). Après l'interrogatoire le juge pourra décerner un mandat de dépôt. Dans le cours de l'instruction, il pourra, sur les conclusions conformes du procureur impérial, et quelle que soit la nature de l'inculpation, donner mainlevée de tout mandat de dépôt, à la charge, par l'inculpé, de se représenter à tous les actes de la procédure, et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis. L'ordonnance de mainlevée ne pourra être attaquée par voie d'opposition.

de la détention préventive est regrettable et cependant où personne ne conseillerait la liberté pure et simple! Entre ces deux extrêmes l'esprit cherche vainement un juste milieu. Le terme moyen que demande depuis longtemps le magistrat, et que ne lui offre pas la loi de 1855, la liberté sous caution le lui donnerait infailliblement, et il pourrait échapper à l'alternative déplorable d'une mesure contraire aux intérêts du prévenu ou fatale à la répression ¹.

Statistique.

Après avoir suivi pas à pas la mise en liberté provisoire, dans ses transformations historiques comme dans son application journalière, il convient de nous rapprocher davantage de la pratique en demandant aux comptes généraux de la justice criminelle le nombre exact de prévenus qui profitent de cette faveur.

Depuis 1831, le nombre des inculpés arrêtés n'a presque jamais dépassé le chiffre de 80,000. Or, dans la période qui s'écoule de 1831 à 1835, la moyenne des prévenus élargis sous caution a été de 365; — de 1836 à 1840, de 455; — de 1841

¹ Qu'on nous permette de citer un fait récent où les inconvénients de cette loi ont été sensibles! Un Péruvien voyageait, il y a quelques années, en France; on retrouve son cadavre dans des circonstances qui étaient de nature à faire supposer un crime. Une instruction, commencée sur-le-champ, amena l'arrestation d'un individu sur lequel pesaient certaines charges. On écrivit à Lima pour obtenir des renseignements sur la nature des papiers et des valeurs qu'avait dû emporter la victime en venant en Europe; une réponse incomplète nécessita une nouvelle commission rogatoire. Douze mois s'écoulèrent; les antécédents de l'inculpé n'étaient pas défavorables. La détention préventive pouvait encore se prolonger pendant plusieurs mois; on songea à la faire cesser. Quel moyen employer? 4,000 francs avaient été saisis sur l'inculpé. Il avait en outre quelques valeurs mobilières. Jamais on n'aurait pu appliquer avec plus d'à-propos la mise en liberté sous caution. Mais la loi était formelle; l'accusation était de celles qui ne souffrent pas une telle faveur; on devait donc lever le mandat de dépôt et lui laisser la libre disposition de toutes ses ressources pécuniaires, c'est-à-dire le rendre à la liberté, à la liberté complète, absolue, sans aucunes réserves. On fut réduit à imaginer un subterfuge imposé par la nécessité: on retint les valeurs comme pièces à conviction et on laissa aller l'inculpé. On avait appliqué ce jour-là la liberté sous caution en matière criminelle. Malgré soi, on l'a introduite. Il est temps que le Code lui donne un asile légal.

à 1845, de 492; — de 1846 à 1850, de 1,049; — de 1850 à 1854, de 884¹. Lorsque la loi relative à la mainlevée du mandat de dépôt a été promulguée, la mise en liberté n'était donc accordée en réalité qu'à 1 prévenu sur 100. Un tel résultat indiquait suffisamment le vice de la loi. Nous avons vu que le remède apporté en 1855 ne pouvait réaliser toutes les espérances. Cependant la moyenne des élargissements provisoires s'éleva à 1,995 sur 64,000 détenus pendant la période qui s'est écoulée de 1856 à 1860. Ce chiffre se décompose ainsi : mise en liberté sous caution, 427; mainlevée des mandats de dépôt, 1,568. Ainsi le nombre des prévenus dont la détention préventive a cessé s'est élevé de 1 p. 100 à 3 p. 100 environ. En d'autres termes, pour 23 sur 1,000 (mainlevée du mandat), la détention préventive a été reconnue inutile, puisque le prévenu a été mis en liberté purement et simplement; pour 7 sur 1,000 seulement (mis en liberté sous caution), une garantie autre que la prison a été jugée nécessaire.

La singularité de ce résultat numérique ne peut échapper à personne. Comment! voilà deux mesures semblables par leur but, mais essentiellement différentes par les garanties qu'elles offrent à la justice : l'une, d'une indulgence dangereuse, laissant au prévenu une liberté sans autre frein que sa raison et l'attachement à son foyer; l'autre produisant les mêmes effets, mais plus capable de concilier les droits du prévenu et les justes nécessités de la répression, exigeant de l'inculpé qu'elle rend provisoirement à sa famille un gage pécuniaire qui devienne un lien et serve à le ramener au jour dit devant ses juges, et de ces deux mesures, l'une sera appliquée trois fois plus souvent que l'autre! Il y a là une étrange incohérence entre les principes et les faits, car il est hors de doute, quand on y réfléchit, que si les juges d'instruction ont pu sans danger abandonner toute garantie à l'égard de 1,568 inculpés, ils auraient pu élargir, sous caution de se représenter, un nombre de prévenus quadruple. Du rapprochement de ces chiffres on peut donc conclure sans témérité que les juges se sont appliqués soigneusement à exécuter les dispositions de la loi de 1855 et lui ont fait porter tous les fruits dont elle était suscep-

¹ V. le rapport du garde des sceaux, compte général, 1850 et ann. suiv. — V. aussi les deux tableaux de statistique publiés aux pièces justificatives, n° 6.

tible, mais que l'article 114, vieilli par le temps, a été, malgré son incontestable utilité, laissé dans un complet oubli.

Parmi les causes auxquelles il faut attribuer cette défaveur, il en est deux qui doivent fixer notre attention.

En première ligne, les *préventions générales*, qui paralysent dans leur source les meilleures intentions, en dispensant de faire un effort, et ensuite les *difficultés pratiques*, qui empêchent journallement d'appliquer la loi et justifient la routine.

Objections contre le principe de la liberté provisoire.

Examinons successivement, parmi les critiques dirigées contre cette mesure, celles qui ont pénétré dans l'opinion publique et refroidi les esprits les plus consciencieux.

1. Il n'est sorte d'attaques qui n'aient été dirigées contre l'élargissement provisoire ; mais l'objection qu'on retrouve le plus généralement dans toutes les bouches tient à l'apparente inégalité que semble entraîner cette mesure : « Comment, s'écrie-t-on, peut-on songer à supprimer pour les classes aisées seulement les douleurs de la détention préventive, pendant que les ouvriers et les gens sans fortune en subiront les misères ? Permettre à un citoyen riche de racheter par une somme d'argent une souffrance imposée par la loi est une atteinte à l'égalité qui est directement contraire à nos mœurs. Tous ne seraient plus égaux devant la justice : c'est rétablir un véritable privilège. »

Il n'en fallait pas davantage pour reculer dans notre pays de plusieurs années l'établissement d'une mesure aussi prudente que généreuse.

Le Code, en donnant au cautionnement une base fixe (l'amende et les réparations civiles), méritait ces critiques : il avait méconnu le principe même de la liberté sous caution, le droit pour le juge d'abaisser ou d'élever indéfiniment le gage. « En effet, comme le dit M. Faustin Hélie, l'égalité de la somme conduit directement à l'inégalité de la loi ; elle crée parmi les prévenus des classes qu'elle admet à participer à son bienfait et des classes qu'elle en éloigne. Le cautionnement est inaccessible pour les uns et inefficace pour les autres. » M. Livingston, dans le Code de procédure de la Louisiane, a parfaitement précisé la difficulté : « Le montant du cautionnement,

« porte ce Code, ne saurait être proportionné par la loi aux
 « circonstances de chaque cas particulier; c'est un des points
 « les plus importants et les plus délicats de l'exercice du pou-
 « voir judiciaire. Il doit être balancé de manière à ne pas per-
 « mettre qu'un délinquant riche échappe à la loi moyennant le
 « paiement d'une peine pécuniaire, ni que ce privilège soit hors
 « de la portée du pauvre. Afin d'en faire une garantie certaine
 « de la comparution de la partie, il doit être déterminé par les
 « considérations suivantes : 1^o la nature de la punition à infli-
 « ger en cas de condamnation ; 2^o la situation pécuniaire de la
 « personne accusée. Si l'offense est punissable par les travaux
 « de force, l'emprisonnement ou la privation des droits civils,
 « le désir d'échapper à la punition étant plus grand, doit être
 « contre-balancé par une plus forte garantie. La fortune de
 « l'accusé doit aussi être prise en considération. Le pauvre
 « peut être surchargé par l'imposition d'un montant de cau-
 « tionnement qui serait de nulle garantie pour la comparution
 « du riche. » Il est donc de l'essence du cautionnement d'être
 variable; c'est sa mobilité qui fait son égalité et sa puis-
 sance.

2. Battus sur la question d'égalité, les adversaires de la mise en liberté provisoire se rejettent sur les exigences de l'instruction secrète. « Vous donnez, disent-ils, les moyens de se dérober à la justice au prévenu qu'une mesure salutaire avait privé de sa liberté; à peine sera-t-il élargi que vous perdrez toute espérance de répression. Si par bonheur il ne quitte pas la France et se représente au jour fixé, ne vous hâtez pas de triompher : les témoins seront corrompus, ils refuseront de parler, ou les preuves auront disparu; des témoins à décharge, habilement préparés, viendront garantir devant le tribunal l'exactitude de faits qu'ils ignorent. Les débats rendus si nets par la détention préventive deviendront vagues et contradictoires; les dépositions seront d'autant plus affirmatives qu'elles auront été mieux apprises, la vérité succombera, et au milieu des hésitations du juge, la répression sera absolument impossible. » Ce tableau de fantaisie, tracé de bonne foi par la plupart de ceux qui défendent à outrance le système du Code d'instruction criminelle, n'est pas fait pour nous effrayer; il sert à prouver que contre toutes les innovations les mêmes arguments peuvent servir, et ceux qui réclamaient, au siècle dernier, l'établissement du débat

oral, ne trouvaient pas devant eux des arguments moins passionnés et des défenseurs moins convaincus.

Pour faire tomber ces critiques, reprenons la théorie du cautionnement.

Quand un homme, quel qu'il soit, est livré à la justice, son premier sentiment, son plus impérieux désir est de se soustraire au châtement qui le menace. Mais ce châtement est nécessaire au repos de la société; il est donc indispensable d'empêcher sa fuite. Pour atteindre ce but, il y a deux voies à choisir : mettre un obstacle matériel à son évasion, c'est-à-dire l'emprisonner; ou bien enchaîner sa volonté et rendre sa fuite impossible en en faisant un acte contraire à ses intérêts. C'est ce dernier moyen que le cautionnement met en pratique. Echapper à la justice, quand un gage suffisant a été déposé, devient un acte insensé et par conséquent impossible à prévoir. Nous touchons au nœud de la question; il nous sera permis d'y insister.

Si l'individu mis en liberté est décidé à s'enfuir, qu'une caution soit exigée ou non, il échappera certainement à la justice; mais cette mesure doit être réservée à ceux qui ne sont pas profondément pervers; nous ne craignons pas de dire alors que si la caution est bien choisie, elle suffira à les ramener devant le tribunal. Il est rare qu'on s'expose de propos délibéré à perdre une part importante de son avoir : on a engagé une somme qui équivaut au produit d'une année de travail, il ne tient qu'à soi de retirer ce gage intact : s'exposer à le perdre, c'est appauvrir sa famille, c'est doubler et tripler l'amende qui peut frapper le coupable, c'est commettre en un mot une imprudence que les passions elles-mêmes ne sauraient excuser, puisque l'une des plus violentes, la cupidité, commande au prévenu de ne pas fuir.

Mais admettons, si vous le voulez, que l'intérêt pécuniaire ne crée que de vaines attaches. Croyez-vous qu'un homme domicilié se résigne aisément à quitter son pays pour éviter un léger châtement? Nous nous sommes souvent demandé si ceux qui parlent si légèrement de la fuite d'un prévenu avaient examiné toutes les conséquences d'une telle détermination et prévu tous les malheurs qu'elle entraîne à sa suite. Il faut se rendre un compte précis d'une telle situation.

Les individus traduits devant les tribunaux peuvent se diviser en deux classes : les uns sont des récidivistes ou des repris

de justice ; ils n'ont ni domicile, ni famille, ni état régulièrement exercé ; dans l'intervalle des peines qu'ils ont subies, leur vie n'a été qu'une suite de désordres ; ils n'ont rien à perdre : pour eux est justement réservée la détention préventive.

Il n'en est pas de même des autres prévenus : un accès de colère, une imprudence, une faiblesse, une de ces passions qui agitent si profondément le cœur humain peuvent rendre tout à coup un homme, jusque-là honnête, passible des lois pénales. C'est un ouvrier, un paysan ; jamais il ne s'est dérangé ; il vit avec sa famille, subvient à ses besoins ; il a été entraîné, il a perdu la tête. Nous savons que la détention préventive n'est utile que s'il doit fuir ; recherchons si la fuite est possible. Son avenir tout entier est dans le lieu où il est établi ; il devra quitter l'atelier où il était connu et estimé, que dis-je ? rompre toutes ses amitiés, briser tous ses liens de famille et partir pour Paris, qu'il n'hésitera pas à choisir comme refuge. Là il devra se cacher, changer de nom, car la police pourrait retrouver ses traces et le ramener devant le tribunal avec une position singulièrement aggravée. Admettons encore qu'il échappe à toutes recherches ; comment vivra-t-il ? Ou bien il reprendra avec peine un travail qu'on est peu disposé à accorder à un inconnu sans livret et sans papiers, ou, à bout de ressources, dénué d'argent, manquant de pain, assailli par les mauvais conseils, il demandera au vol le remède à tant de privations. Dans les deux cas, il faut supposer qu'il abandonnera aisément ses parents, sa famille et le centre au milieu duquel il était né. C'est là une perspective plus dure cent fois que toute autre peine.

Mais, nous dira-t-on, il reste encore un moyen d'échapper : pourquoi imaginer que le prévenu est sans fortune ? S'il jouit de quelque aisance, aura-t-il besoin de vivre dans des transes continuelles et de se tenir caché ? Il emportera une somme suffisante pour franchir la frontière, il gagnera la Belgique, l'Angleterre ou les États-Unis, et il attendra patiemment la prescription de sa peine.

Nous le demandons à toute personne de bonne foi, est-il raisonnable de croire qu'un individu domicilié s'expatrie aisément pendant cinq années pour se dérober à une peine d'emprisonnement plus ou moins limitée ? Nous n'hésiterons pas à dire que c'est une crainte chimérique. Il faut avoir bien

peu réfléchi aux douleurs que l'exil fait naître dans les âmes, à quelque condition qu'elles appartiennent, pour imaginer qu'un homme se détermine à les subir pour éviter, non pas une flétrissure, il ne pourra d'aucune façon y échapper, mais un châtement qu'il a mérité et qui ne dépassera guère un petit nombre de semaines.

Si la peine devait être supérieure à une année d'emprisonnement, nous nous garderions d'émettre la même opinion. Tout dépend de la valeur des deux termes : le montant du gage et l'importance du châtement redouté. Pour obtenir un résultat pratique, il faut les équilibrer parfaitement. Or si une peine afflictive de deux ou trois ans est suspendue sur la tête du prévenu et que tout indique qu'il ne pourra y échapper, nous ne pensons pas que la mise en liberté doive être appliquée, car il est au-dessus des forces humaines de courir de sang-froid au-devant d'un tel danger.

Quelques auteurs traitant de la liberté sous caution, et poussant jusqu'à ses conséquences extrêmes l'idée que nous avons émise, proposaient l'élargissement provisoire pour toutes les accusations qui n'entraîneraient pas une peine au moins égale au bannissement. Leur raisonnement était d'une irréprochable logique ; le prévenu était forcé d'opter entre la prison ou l'exil, on devait être certain de son retour. Comme tout ce qui est absolu, cette formule était de nature à séduire certains esprits, mais elle nous paraît complètement fautive et nous tenons d'autant plus à en répudier la solidarité que nous voulons demeurer plus éloigné des utopies et plus fidèle à la recherche des résultats pratiques.

3. Nous croyons avoir démontré que la mise en liberté sous caution ne devait pas faciliter la fuite. Examinons maintenant quelle sera l'influence de l'élargissement sur l'instruction secrète et les débats de l'audience.

L'affaire est-elle peu importante, s'agit-il de coups, de blessures par imprudence, de rébellion, lorsque le prévenu arrêté depuis la veille demande sa mise en liberté provisoire, les premiers interrogatoires ont déjà été recueillis, les dépositions des plaignants sont jointes au dossier. Si l'audience est retardée, c'est qu'on attend le rapport du médecin commis par la justice ou qu'on veut savoir ce que deviendra la blessure et quelle sera la durée de l'incapacité de travail pour mesurer la gravité

du délit d'après ses conséquences. La détention se prolonge ainsi pendant huit jours et quelquefois davantage. La mise en liberté pendant cette période pourrait-elle nuire à l'instruction? Nous ne saurions le croire : il faudrait supposer que le sergent de ville, le plaignant ou le médecin fussent gagnés par les promesses ou paralysés par les menaces du prévenu élargi. Ces craintes sont évidemment mal fondées.

Sont-elles plus justes quand l'affaire est plus grave? Nous ne le pensons pas. La liberté provisoire sera rarement accordée aux prévenus de vol et d'escroquerie; mais supposons un délit de banqueroute simple, même le crime de banqueroute frauduleuse. Les livres du commerçant sont saisis; après les premiers interrogatoires, sa comptabilité et toute sa correspondance sont remises entre les mains d'un expert teneur de livres et, pendant trois mois au moins, le prévenu demeure éloigné de sa famille: s'il communique avec son avocat, il ne peut produire devant lui ses moyens de défense; toutes ses écritures sont soustraites à ses investigations. Quel mal pourrait-il faire? Où est le danger qui résulterait de sa sortie de prison?

Qu'on ne nous accuse pas d'inventer nous-même une situation particulière qui serve à faire ressortir les avantages de l'élargissement! on peut affirmer sans crainte d'être démenti que, dans toute instruction, à peu d'exception près, il s'écoule entre la fin des interrogatoires et le jour fixé pour l'audience un intervalle pendant lequel la présence du prévenu est absolument inutile. Un dernier renseignement n'a pas été pris, le bulletin du casier judiciaire n'est pas joint, on doit attendre les délais de mise au rôle et de citation. Il est contraire à toute justice que le prévenu souffre d'un retard matériel qui ne provient pas de son fait; du moment où la contrainte n'est pas impérieusement commandée par la nécessité, elle n'a aucune raison d'être et doit immédiatement cesser.

Nous avons supposé jusqu'ici un intervalle dans l'information; allons plus loin et voyons si la liberté provisoire peut être accordée pendant l'instruction. Souvent cette mesure ne présentera aucun danger: quand on aura réuni les premiers éléments de preuve, fixé les dépositions principales, rien n'empêchera d'élargir le prévenu. Le magistrat se sera rendu compte de sa situation, il aura une connaissance exacte de son degré de moralité, et si la faute est isolée, qu'aucun antécédent ne

souille son passé, il pourra impunément relâcher, sans le rompre, le lien qui le rattache à ses juges. Nous sommes cependant forcé de reconnaître qu'une fois libre, il peut chercher à intimider les témoins : ici commence l'abus de la liberté provisoire ; or dès qu'il y a abus, il va de soi qu'on peut en retirer immédiatement le bénéfice.

4. Mais, nous dira-t-on, la détention préventive a d'autres avantages que vous passez sous silence. L'emprisonnement de l'inculpé est une puissante satisfaction donnée à l'opinion publique.

Nous ne méconnaissions pas tout ce que cette objection a de fondé, mais nous demanderons à ceux qu'elle effraye en quoi les réformes que nous appelons mettraient obstacle à une arrestation nécessaire. Un délit vient de se commettre, il a soulevé l'indignation des voisins, le coupable est arrêté. Ou le juge le lendemain (et moins que personne nous ne serons disposé à déprécier les avantages de la loi nouvelle¹), ou bien on le retient sous mandat de dépôt pendant une période inutile ; dans ce dernier cas, le temps écoulé sans jugement sera perdu pour la vindicte publique comme pour le prévenu ; personne ne retirera un véritable profit de cette détention : ni le prisonnier qui attend impatiemment les débats, ni la société qui veut une juste répression, ni le juge qui a presque achevé l'instruction. Et cependant que de délais s'écouleront entre la fin des interrogatoires et l'audience ! Les conclusions du ministère public, la rédaction de l'ordonnance, la mise au rôle, les citations, huit jours au moins pendant lesquels le prévenu pourrait si souvent sans inconvénient d'aucune sorte reprendre son travail, secourir sa famille, obtenir des délais de créanciers exigeants, mettre ordre à ses affaires, éviter une faillite, échapper enfin à la ruine qui menace ses enfants. Tel est le bien que peut faire sa présence pendant une semaine auprès de ce foyer qu'il va quitter. Quel est auprès de cela le danger qu'on peut craindre ? Sa liberté pendant quelques jours pourra-t-elle vraiment paraître une sorte d'impunité ? Accusera-t-on la justice ? Taxera-t-on de faiblesse un acte qui sera le plus évident témoignage de sa force et de sa modération ? Nous ne pouvons le croire, et ceux qui, en théorie, se préoccupent de ce péril, seraient peut-être

¹ Loi sur les flagrants délits, 18 mai 1863.

bien étonnés de leur crainte s'ils pouvaient constater dans la pratique les salutaires effets d'une mise en liberté provisoire prudemment accordée.

Telles sont les préventions qui ont cours dans la foule et qui suffisent à paralyser les efforts des magistrats en discréditant l'usage des cautions.

Lacunes et imperfections du système actuel.

Mais supposons que le juge, animé par la louable intention de lutter contre les préjugés, et décidé à s'élever au-dessus de l'entraînement général, veuille appliquer l'article 114 à un prévenu de délit. La loi le permet : rien dans le dossier ne paraît s'opposer à l'élargissement. Cherchons à préciser la nature des difficultés qu'il faudra encore surmonter. Nous avons vu plus haut les objections faites au principe, examinons maintenant de près les obstacles qui sont dus à l'insuffisance et aux vices du Code.

1. Et d'abord à quel moment le prévenu pourra-t-il demander son élargissement ? Il semblerait, d'après les termes du Code, que tout homme arrêté dût être amené dans les vingt-quatre heures devant un juge d'instruction. A Paris, les lenteurs du double interrogatoire devant le commissaire de police et à la préfecture portent à quarante-huit heures environ le délai moyen qui s'écoule entre l'arrestation de l'inculpé et l'entrée du procès-verbal dans le cabinet du juge. C'est là une situation déplorable qui, dès le début, tend à vicier la mise en liberté provisoire. Chacun sait que très-fréquemment les premières explications données devant un magistrat, l'indication exacte du domicile du prévenu, changent en un instant l'aspect de la poursuite. La détention préventive avait paru indispensable à un fonctionnaire subalterne; pour un juge éclairé, elle est évidemment superflue. Or la décision du commissaire de police subsiste irrévocablement pendant trente-six heures au moins, et quelquefois pendant trois ou quatre jours; de sorte qu'au moment où le juge est saisi, le plus grand mal est accompli; le scandale dans le quartier habité par le prévenu et le trouble apporté à ses affaires ne sont rien auprès de la torture que subit un homme non encore perverti qui est jeté dans le dépôt de la préfecture et confondu pendant un jour et une nuit avec les

malfaiteurs et les vagabonds ¹. Dans l'organisation actuelle de la police judiciaire à Paris, la mise en liberté provisoire est, à vrai dire, suspendue pendant toute la première partie de la détention. C'est au législateur qui réformera notre Code qu'incombera la tâche de faire disparaître les lenteurs de l'intervention administrative en rendant à la justice le rôle qui lui appartient et que tous les magistrats réclament depuis si longtemps pour elle, dans la direction à donner aux poursuites et les premières mesures à prendre au début des instructions. Tant que la préfecture de police s'attribuera le droit de vérifier les procès-verbaux et de retenir entre ses mains, sans le contrôle d'un magistrat inamovible, les individus arrêtés pour les soumettre à des constatations et à une enquête dont elle n'aura compte à rendre à personne, une loi sur la mise en liberté provisoire ne pourra jamais atteindre le résultat que nous souhaitons et qu'il est donné à d'autres pays de lui voir produire.

Dès le début nous trouvons donc une lacune dans le système en vigueur. Poursuivons notre examen, et recherchons comment il est possible de fixer le montant du cautionnement.

2. L'article 119 donne les règles sur lesquelles doit se baser le juge d'instruction. *Le double du maximum de l'amende prononcée par la loi* : tel doit être le maximum du cautionnement. Quand le double de l'amende n'atteint pas 500 francs, les termes du Code, malgré leur obscurité, paraissent autoriser le juge à considérer ce chiffre comme le maximum. Ainsi, en 1808 (le minimum de 500 francs n'a été aboli qu'en 1848), le législateur établissait pour certains délits un cautionnement invariable. Ce rapprochement suffirait à démontrer que les rédac-

¹ Il faut visiter le dépôt de la préfecture pour se faire une idée d'un pareil supplice. Deux salles d'hommes, deux salles de femmes renferment les individus amenés à toute heure des différents postes de police. Entassés dans des espaces étroits, couchés sur des lits de camp insuffisants, ne pouvant fermer les fenêtres au risque d'étouffer, poursuivis par une odeur infecte, les malheureux vivent pendant vingt-quatre ou quarante-huit heures dans cette école de démoralisation, où les repris de justice les plus corrompus enseignent aux novices l'art du crime. C'est le cœur saignant qu'on sort de cette prison qui ne devrait pas exister au XIX^e siècle. La pensée se repose du moins en songeant qu'au-dessous des bâtiments neufs de la Cour de cassation sera installé dans six mois le nouveau dépôt de la préfecture, qui réalise, dit-on, la plupart des progrès souhaités. Mais d'ici là que de souffrances!

teurs du Code ne comprenaient pas le véritable caractère du cautionnement, son extrême mobilité, et qu'aujourd'hui une réforme est absolument nécessaire pour restituer à la liberté provisoire les véritables principes qui doivent régir son application.

D'ailleurs qu'on parcoure les divers articles du Code pénal. Il est des cas où le délit n'est pas puni d'une amende et n'a pas causé de dommage civil. Lorsqu'une femme prévenue d'adultère (art. 337) ou un commerçant poursuivi pour banqueroute simple demanderont leur élargissement, que fera le juge? Recherchant en vain la quotité de l'amende, il sera forcé de refuser la mise en liberté sous caution ou de donner mainlevée pure et simple du mandat de dépôt.

Quand le Code a fixé le maximum de l'amende au quart des dommages-intérêts (abus de confiance, art. 408), comment le magistrat fixera-t-il le cautionnement, s'il n'y a pas de partie civile? A la même difficulté on sera forcé d'appliquer la même solution.

Si l'on fait remarquer que le législateur a rarement oublié de fixer le maximum de l'amende, nous répondrons que ce maximum est souvent trop faible pour retenir le prévenu. Dans une prévention d'outrage public à la pudeur ou de coups et blessures ayant causé une incapacité de travail de moins de vingt jours, on ne peut exiger du prévenu élargi une somme supérieure à 400 francs. En matière de blessures par imprudence, 200 francs est le maximum¹. Comment serait-il possible, en

¹ Voici pour les principaux délits le maximum de l'amende prévue par le Code pénal et le maximum du cautionnement :

En matière de rébell. (art. 218)	le max. de l'am. est 200 f.,	le max. du caut.,	400 f.
Outrages à un agent (art. 224),	200		400
Coups et bless. (plus de 20 j.) (309),	2,000		4,000
Coups et bless. (moins de 20 j.) (311),	200		400
Homicide par imprudence. . . . (319),	600		1,200
Blessures par imprudence. . . . (320),	100		200
Outrage public à la pudeur. . . (330),	200		400
Excitat. de min. à la débauche (334),	500		1,000
D'adultère : pour la femme. . . (337),	pas d'amende.		»
son complice. . . (338),	2,000		4,000
Vol dans les champs (récoltes) (388),	200 à 500		400 à 1,000
Vol simple. (401),	500		1,000
Banqueroute. (402),	pas d'amende.		»
Escroquerie. (405),	3,000		6,000
Abus de confiance. (408),	1/4 des domm.-int.		»

se contentant d'un pareil gage, de parer à la fuite des inculpés mis en liberté provisoire? Le juge sentant que la caution est une vaine garantie n'hésite pas un instant à refuser la faveur que le prévenu sollicite.

Il est vrai que la situation se modifie s'il y a une partie civile en cause. *Le cautionnement peut être égal au triple des dommages-intérêts.* Ajoutée au double de l'amende, cette somme peut former une garantie efficace. Mais comment le juge, au début de l'information, peut-il apprécier le dommage souffert? Il est évident que le magistrat arbitrera le préjudice sans tenir compte d'une base évidemment indéterminable. S'il en est ainsi, pourquoi la loi persisterait-elle à préciser un chiffre? pourquoi ne laisserait-elle pas au juge un plein pouvoir de fixer le cautionnement en se basant sur les circonstances de fait qui aggravent ou diminuent les chances de fuite? Telle serait une bonne et salutaire législation qui donnerait au juge une absolue liberté d'appréciation ¹.

Mais supposons encore cet obstacle surmonté et poursuivons notre examen : grâce aux dommages-intérêts demandés, admettons que le magistrat ait pu exiger une caution suffisante ; il annonce au prévenu que sa demande est accueillie et qu'il sera mis en liberté s'il offre une caution solvable.

3. Deux partis se présentent : si le prévenu a quelque argent, il donnera la somme exigée par le juge ; mais si ses propres ressources sont insuffisantes, il doit faire appel à la bourse d'un ami et solliciter le dépôt du gage à la caisse de l'enregistrement ou l'inscription d'une hypothèque. Il est probable que ses tentatives échoueront ; car, sous l'empire de la législation actuelle, rien n'est plus rare que de voir un tiers fournir une caution telle que l'exige le Code. En fait, dès que le cautionnement s'élève à une somme importante, c'est grâce à un emprunt ou à la réalisation immédiate d'un petit pécule que le montant en est versé. On répond à cela que les cautions ne sont pas entrées dans nos mœurs ; qu'il est contraire à nos idées de se reconnaître responsable du fait d'autrui, et que jamais on ne pourra établir ce système parmi nous. Moins que personne nous ne sommes disposé à reconnaître une infériorité dans le

¹ Ce qu'on demande, c'est le complément du décret qui a aboli, en 1848, le minimum.

caractère français et encore moins à en prendre facilement notre parti. S'il y a une répugnance générale à exercer un droit, il doit y avoir une cause. Ici, elle est facile à saisir; quand on songe aux suites de l'engagement souscrit par la caution, on s'étonne peu que ce contrat intervienne rarement.

Non-seulement la caution garantit la présence de l'inculpé aux débats de l'audience, mais d'après les termes de la loi, elle doit encore empêcher sa fuite entre le jour de la condamnation et l'exécution de la peine. Quoique déclaré coupable, l'individu qui vient d'être jugé sortira libre de l'audience! il y a là une dangereuse application de la liberté provisoire. — Une loi prudente devrait donner à la caution un but unique : la comparution du prévenu à l'audience; elle devrait exiger que le prévenu aussitôt condamné n'appartint plus à sa caution, mais à la justice. En effet, qu'y a-t-il de plus inique? Je me suis engagé à empêcher la fuite d'un inculpé menacé d'une peine éventuelle, mais non à retenir un condamné terrifié de l'emprisonnement qu'il aura à subir. Du moment que le doute est devenu une certitude, le lien qui a attaché le prévenu est impuissant à retenir le condamné. C'est là un fait certain que personne ne peut nier. Et cependant le Code a déterminé invariablement la durée de l'engagement pris par la caution : il l'a étendu jusqu'à l'exécution de la peine, et la caution ne peut d'aucune manière se dépouiller de la responsabilité qui l'étreint.

Nous allons plus loin, et il nous sera aisé de démontrer que, sur un autre point, le système du Code est profondément immoral. Deux prévenus de vol, ayant fourni de leurs deniers un cautionnement de 1,000 francs, sont mis en liberté provisoire. L'un se représente, l'autre quitte la France. Il est condamné par défaut au maximum de la peine. Quatre années s'écoulent : il reparait et se constitue prisonnier pour exécuter le jugement qui l'a frappé. Devra-t-il payer au Trésor l'amende de 500 francs à laquelle il a été condamné? Nullement : avant sa fuite, il a déposé un cautionnement : son amende sera imputée sur cette somme et le reste lui sera remis, puisqu'il « se représente pour l'exécution du jugement. » Aucun article du Code d'instruction criminelle ne donne au Trésor le droit de garder une somme supérieure aux condamnations pécuniaires prononcées par le juge. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, la situation du prévenu qui a trahi sa caution et de celui qui est demeuré

fidèle à sa promesse est identiquement semblable. Pour l'un comme pour l'autre, le cautionnement a été restitué, déduction faite des amendes; l'un comme l'autre a subi sa peine, et la loi ne fait entre eux aucune différence. N'avons-nous pas le droit d'affirmer que ce résultat est immoral, car il dépouille de toute sanction pénale les ordres de la justice, en mettant sur la même ligne celui qui exécute sa promesse et celui qui la viole audacieusement?

Aussi pouvons-nous répéter, en nous abritant derrière l'opinion des hommes mêlés à la pratique de nos institutions judiciaires, que cette loi n'est pas bonne¹. Dans le cautionnement tel qu'il existe aujourd'hui, tout est danger : il y a péril pour la caution, parce que celle-ci, promettant au delà de ses forces, sera incapable après la condamnation de ramener le coupable jusqu'à la porte de la prison. Il y a péril pour la justice qui n'ose appliquer une loi insuffisante, dont tant de dispositions sont vagues, dangereuses et mal définies. Il y a péril enfin pour la société qui n'est pas suffisamment protégée et qui souffre toujours quand une loi juste demeure, par ses lacunes, à l'état de lettre morte.

¹ « La loi sur la liberté sous caution n'est pas bonne. Elle semble avoir été faite pour restreindre le nombre des libertés sous caution plutôt que pour les multiplier. Elle les entoure de difficultés inutiles, et, ce qui est plus fâcheux, elle est sans efficacité..... » (P. 68, p. 18 *De la détention préventive*, par M. Bertrand, juge d'instruction au tribunal de la Seine.) — M. Bertin lui-même, qui a défendu si énergiquement, l'an dernier, le Code d'instruction criminelle, reconnaît ici ses nombreuses lacunes : « On comprend, dit-il, qu'en présence d'une telle loi les magistrats aient été peu favorables à la mise en liberté sous caution; préoccupés, à juste titre, de l'intérêt social, ils ont compris que les entraves qui leur étaient imposées avaient fait du cautionnement une garantie souvent illusoire; que ce cautionnement devait, dans tous les cas, donner lieu à des difficultés, et que le peu qui en restait pourrait être réclamé par celui qui s'était joué de ses promesses et de la justice. » (*Des réformes de l'instruction criminelle*, broch. in-8°, 1863, p. 40.) — V. encore M. Nogent Saint-Laurens, dans la discussion de la loi sur les flagrants délits, *Moniteur* du 8 mai 1863; — et, au-dessus de toutes ces autorités, l'opinion si élevée et si convaincante de M. Faustin Hélie, dans son *Traité sur l'instr. crim.* (V^e volume.)

CONCLUSION.

On le voit par les pages qui précèdent, nous avons voulu réunir tous les documents du procès, grouper tous les enseignements que nous offrent le souvenir des anciennes lois de notre pays et la pratique vivante des nations modernes. Notre tâche est-elle accomplie et, après tant de regrets exprimés, ne devons-nous pas laisser entrevoir tout ce que nous éprouvons d'espérances pour l'avenir ? Ce n'est ni à la jeunesse, ni à l'inexpérience qu'il appartient de hasarder les conseils, mais les vœux sont toujours permis à ceux qui souhaitent un progrès et appellent ardemment l'étude des améliorations possibles.

Simplifier les formalités du cautionnement, telle semblera devoir être la première pensée du législateur qui préparera un jour les modifications du Code d'instruction criminelle.

Sous l'empire du système actuel, quand le juge d'instruction est d'accord avec le substitut pour accorder la mise en liberté provisoire, rien ne devrait retarder l'élargissement du prévenu. Au lieu de cela, que d'obstacles légaux ! et pour toutes les formalités, que de délais inutiles !

Est-il téméraire de penser qu'on pourrait rendre cette procédure rapide et facile sans péril pour la justice ?

D'après la loi nouvelle, telle qu'on peut la prévoir, la mise en liberté serait demandée en matière criminelle comme en matière correctionnelle. Le juge d'instruction, le tribunal et la Cour saisis de l'affaire seraient tour à tour compétents. La requête présentée par le prévenu, ou en son nom, motiverait une décision immédiate ou une enquête spéciale, si l'instruction n'était pas assez avancée pour connaître exactement la situation du prévenu. Le ministère public serait appelé à donner d'urgence ses conclusions : la partie civile ne serait pas appelée, tous ses intérêts étant sauvegardés par la vigilance des magistrats¹; le droit d'appel serait ouvert aussi bien au ministère

¹ Sous l'empire du Code, quel est l'intérêt de la partie civile ? Il est identique à celui du ministère public. Tous deux cherchent à assurer le paiement des condamnations pécuniaires. L'un agit au nom du Trésor public, l'autre est mu par ses intérêts personnels, mais ils tendent tous deux vers

public qu'au prévenu, et la même procédure sommaire se poursuivrait sans aucun délai devant la juridiction supérieure qui devrait statuer dès sa plus prochaine audience.

Le droit à la mise en liberté sous caution serait inscrit dans la loi au profit des inculpés domiciliés, mais il serait suspendu à l'égard des délits les plus graves. La loi énumérerait les exceptions à la règle. Dans les préventions les plus légères, les prévenus auraient le droit d'exiger leur élargissement sous caution, mais le législateur placerait « dans l'exception les repris de justice, les vagabonds, » les récidivistes « et les inculpés de quelques autres délits qui ont un caractère d'immoralité tel qu'il faut laisser au juge la faculté d'appliquer la mise en liberté provisoire ¹. »

Ainsi une part serait faite à la loi qui poserait les principes, et une légitime autorité serait laissée au juge chargé d'observer les faits.

L'ordonnance de rejet devrait être motivée : une nouvelle demande ne pourrait être reproduite que huit jours après un premier échec, car la cessation de la détention préventive étant une question d'opportunité, il serait contraire à toute justice d'empêcher un nouvel examen.

Mais ce qui demanderait les modifications les plus profondes, c'est la nature même du cautionnement, son objet et le mode actuel de versement.

Pourquoi un ami ne pourrait-il pas se présenter devant le juge et offrir sa solvabilité comme une suffisante garantie? Un apprenti, un ouvrier a été arrêté : son patron, tout en rendant bon témoignage de sa conduite, hésite à déposer en numéraire le montant du cautionnement. C'est un négociant établi : sa réputation est intacte, sa signature a une valeur commerciale incontestable. Pourquoi ne pas s'en contenter? Le juge fixera

le même but. Il est donc superflu de convoquer le plaignant dont tous les droits seront sauvegardés.

En Angleterre, où le ministère public n'existe pas, il est tout naturel que la partie civile soit appelée à vérifier la solvabilité des cautions. Mais du moment où nous jouissons du bénéfice d'une institution destinée à protéger la société et chacun de ses membres, n'hésitons pas à mettre de côté un contrôle qui multiplie les citations, prolonge les délais, n'éclaire jamais la justice et embarrasse toujours la procédure.

¹ Discussion à la Chambre des députés; discours de M. Od. Barrot, *Motivateur* du 16 avril 1842.

le montant de l'engagement : la signature sera donnée et l'ouvrier, à qui personne n'aurait prêté la somme exigée en nature, sera libre de retourner à son travail. Croit-on que le patron manque à un engagement sanctionné, comme la lettre de change, par la contrainte par corps? Personne ne concevra une telle crainte. C'est donc en vain que nous recherchons le danger de cette innovation ¹.

Le juge sera-t-il pour cela désarmé? Nullement, car s'il conçoit quelque doute sur la solvabilité de la caution, il sera toujours libre d'exiger le dépôt : mais alors il devrait suffire de déposer les espèces entre les mains du greffier qui lui-même les verserait dans une caisse spéciale établie au greffe du tribunal ²; au bas de l'ordonnance serait constaté le dépôt de la somme. La caution et le prévenu signeraient un engagement et l'ordre de mise en liberté préparé à l'avance par le juge serait immédiatement délivré.

Ainsi toutes les formalités seraient réduites et en quelques heures au moins, en deux jours au plus, un prévenu pourrait être élargi.

Le cautionnement ne servirait plus à payer les frais, les condamnations civiles et les amendes : il n'aurait qu'un seul but : retenir le prévenu par le lien de l'intérêt pécuniaire. Aussi le

¹ Quoique le cautionnement ait été fourni par un tiers, on devrait toujours exiger une promesse solennelle du prévenu. Obtenir de lui, en pareil cas, une somme fort minime, mais qu'il la fournisse de ses propres deniers, serait une précieuse garantie ajoutée à celle de l'ami qui cautionne. Et d'ailleurs que de moyens nouveaux inapplicables sous le système actuel se présenteront à l'esprit du législateur quand on préparera une modification au Code!

Dans combien de cas, par exemple, le livret de la caisse d'épargne ne sera-t-il pas le meilleur de tous les gages? On ne demandera au titulaire du livret qu'un engagement de payer le cautionnement avec affectation spéciale d'une somme de à prendre sur les sommes déposées à la caisse d'épargne.

² On éviterait ainsi les difficultés interminables que soulève la caisse des dépôts et consignations au moment du retrait des sommes déposées. La juridiction qui a fixé le montant du cautionnement ordonnerait les restitutions et jugerait sommairement et sans frais les différends qui s'élèveraient entre le greffe et les parties.

Si l'on jugeait ce système impraticable, il faudrait que le législateur, s'abaissant aux plus minces détails, modifiât l'organisation de la caisse des dépôts et consignations et que la loi limitât le nombre des pièces à produire au moment du retrait.

montant de l'engagement serait-il acquis quand le prévenu ferait défaut sans pouvoir fournir d'excuses. Le cautionnement deviendrait une véritable amende dont l'attribution au Trésor aurait lieu dès que le prévenu manquerait à sa promesse. La plupart des difficultés auxquelles donne lieu le système actuel tiennent au caractère multiple que présente aujourd'hui le cautionnement : tantôt on le considère comme un gage du payement des condamnations, tantôt comme une garantie pour la partie civile; de sorte que, suivant le point de vue où l'on se place, le juge doit le proportionner à l'amende prévue par le Code ou bien songer aux griefs dont le plaignant sollicite la réparation.

Cet embarras n'est pas le seul : en voulant garantir l'exécution de la peine, le législateur ne s'est pas aperçu qu'il mettait en suspens la propriété de la somme déposée jusqu'à l'expiration du délai de prescription. De là les craintes légitimes de la part des cautions effrayées des délais qui précèdent l'attribution ou le recouvrement définitif de la somme.

Ce système a évidemment échoué dans l'application, et il nous semble radicalement faux. L'exécution de la peine, c'est-à-dire la répression, est bien réellement le but que doit se proposer une législation pénale; mais, en fait, est-il vrai de dire qu'elle ne commence qu'au moment de l'incarcération? Nullement : la répression existe dès le jugement. La présence du prévenu à l'audience doit donc être le but du cautionnement comme elle est le principal motif de la détention préventive. D'ailleurs, s'il comparait à l'audience, la défense pourra être complète, le jugement contradictoire, l'exécution de la peine assurée : ainsi tous les droits seront garantis.

Quant à la caution, elle sera dégagée du moment où le prévenu aura franchi le seuil du tribunal et répondu à l'appel de son nom; elle a exécuté sa promesse suivant les termes du contrat : si elle a déposé la somme en nature, elle aura le droit de la retirer immédiatement, en présentant un certificat du greffier d'audience, et sans imputation des frais ou des amendes mis à la charge du prévenu.

Dans cette nouvelle organisation on transformerait la mainlevée du mandat de dépôt qui trouverait tout naturellement sa place sous le nom de mise en liberté sans caution. Cette faveur, accordée aux inculpés dont la situation présenterait

des garanties exceptionnelles, compléterait le système : le développement de la liberté sous caution plus largement entendue ferait disparaître les inconvénients qui rendent parfois la loi de 1855 dangereuse.

Ainsi, pour nous résumer, la réforme comprendrait trois points principaux :

- 1° La division des inculpés en deux classes, les uns ayant le droit, les autres la faculté d'obtenir l'élargissement provisoire ;
- 2° La modification du cautionnement qui deviendrait une amende acquise au Trésor et ne servirait plus à garantir les condamnations ;
- 3° La simplification des formalités et l'abréviation des délais.

Telles sont les espérances que nous confions aux esprits plus mûrs et plus compétents que nous. Ils sauront les réaliser. Le moment est propice ; le temps des considérations générales est passé. Le public est fatigué des idées vagues ; on a hâte de voir des résultats précis. Tous les efforts des hommes de bien doivent se réunir pour faire descendre dans le domaine des faits les principes que personne ne s'avise de contredire en théorie. Les époques de silence et de calme public conviennent plus qu'on ne le pense à l'essai d'une réforme que les luttes extérieures pourraient seules faire échouer. On peut d'autant mieux améliorer nos lois dans leurs détails, que nul ne songe à bouleverser les principes sur lesquels elles reposent. Ne nous endormons pas dans une stérile indifférence, soyons fiers et à bon droit de nos Codes civils et d'une organisation judiciaire que l'Europe nous envie, mais que ce légitime orgueil ne nous voile pas la vérité ! Il y a encore bien des réformes à accomplir, bien des obstacles à surmonter. Tout marche autour de nous ; le progrès des mœurs est égal au progrès des idées ; demeurer immobiles, c'est se donner la certitude d'être bientôt égalés et rapidement dépassés. Ne nous laissons pas aller au sommeil énervant de la routine ! Dans tous les temps il a fallu lutter contre elle. « Lorsqu'on a proposé d'abolir la question « au criminel, disait il y a trente-quatre ans un homme d'État « illustre à la tribune de la Chambre des pairs, tous les criminologistes du temps ont poussé les hauts cris, ils ont vu déjà

« le crime triomphant, la société bouleversée, les honnêtes gens
« égorgés au sein de leurs foyers domestiques, les grandes
« routes devenues de véritables coupe-gorge. La question a
« disparu, et les crimes ont diminué. S'il fallait attendre, pour
« détruire les abus, que ceux qui en profitent ou croient en
« profiter fussent d'avis de s'en départir; s'il fallait attendre,
« pour saper les institutions fondées sur des préjugés, que
« ceux qui sont imbus de ces préjugés y eussent tous re-
« noncé d'un commun accord, rien ne se ferait dans ce monde,
« la société s'engourdirait dans l'ignorance, et la civilisation ar-
« rêtée à chaque instant dans son cours, rétrograderait au lieu
« d'avancer¹. »

Pour nous, qui ne voulons rien abolir, mais simplement mo-
dérer dans son application la détention préventive, dont nous
sommes les premiers à reconnaître la nécessité, il ne nous
reste plus qu'à appeler de tous nos vœux, pour la prompte
réalisation de nos espérances, l'initiative des gens de bien et
le concours de la magistrature. Il appartient désormais à
l'opinion publique de préparer les voies et de peser les argu-
ments. Nous verrons ainsi croître et se développer bien des
idées pratiques qui naîtront d'une discussion approfondie, et
lorsqu'un jour on présentera la loi préparée et mûrie par des
jurisconsultes, nous serons heureux de nous incliner devant
une expérience et des lumières qui nous ont trop souvent fait
défaut dans le cours de cette étude. GEORGES PICOT.

¹ Duc de Broglie. Discours sur la contrainte par corps, prononcé le 13 mai
1829 à la Chambre des pairs. (*Écrits et discours*, t. II, p. 285.)

DE LA CRIMINALITÉ MORALE ET LÉGALE,

SPÉCIALEMENT

DE LA TENTATIVE ET DU MÉFAIT MANQUÉ,

Études théoriques et pratiques par M. Jules LACOINTA, docteur en droit,
procureur impérial près le siège de Saint-Gaudens,
membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

PREMIÈRE PARTIE.

CHAPITRE II.

DE LA CRIMINALITÉ LÉGALE¹.

SOMMAIRE.

Prolégomènes.

- 26². Passage de la vie interne de la pensée à la manifestation visible du crime.
27. Il faut examiner les phases successives de cette manifestation extérieure.
28. Cet examen consiste dans l'étude de l'*effort coupable*.
29. La loi ne l'atteint pas à tous les degrés. Conditions nécessaires pour qu'elle le punisse.

¹ Ce travail est le second chapitre d'une étude entreprise sur *les divers degrés de la criminalité*, depuis l'élan interne jusqu'à la phase externe la plus voisine de la consommation. Un premier chapitre, publié au mois de mars dernier dans la *Revue de Toulouse*, présente l'exposition de la *criminalité morale*. Le chapitre actuellement inséré dans la *Revue critique* offre le tableau de la *criminalité légale*. L'ensemble de la théorie y est développé. — Plus tard, après avoir jeté un coup d'œil sur l'histoire et le droit comparé, nous aborderons la partie pratique; nous y consignerons toutes les précisions motivées par l'examen de la jurisprudence et par la variété des espèces relativement à chaque crime et à chacun des délits dont la tentative est réprimée. Il n'est pas, ce semble, sans intérêt de suivre dans sa marche l'accomplissement d'une action mauvaise, de dire jusqu'où l'agent peut s'avancer sans quitter le domaine du mal purement moral et de déterminer l'instant où la loi intervient pour l'atteindre. En écrivant ce travail, nous nous acquittons, mais d'une manière bien imparfaite, de l'engagement pris dans cette *Revue* même, au mois de novembre 1861. (*Note de l'aut.*)

² Un remaniement qu'il a été nécessaire d'opérer pour compléter certaines considérations a porté les numéros afférents au premier chapitre, de 22 à 25.

SECTION I^{re}.30. *Actes préparatoires.*

- 31. En principe, ils échappent à toute répression.
- 32. Ces actes ne font même point partie du commencement d'exécution.
- 33. Difficulté d'établir la ligne de démarcation à cet égard.
- 34. Certains actes, préparatoires par rapport à un but final, sont quelquefois punis comme *constituant par eux-mêmes des infractions consommées.*

SECTION II.

- 35. *Phase transitoire entre les actes préparatoires proprement dits et le commencement d'exécution.*
- 36. L'effraction, l'escalade ne constituent pas nécessairement un commencement d'exécution. Toutefois ces actes peuvent présenter ce caractère.

SECTION III.

37. *Actes de commencement d'exécution.*

- 38. 1^o *Tentative qui s'arrête par le désistement volontaire de l'agent.*
- 39. Aucune peine n'est encourue dans ce cas. Il serait juste cependant qu'il en fût prononcé une très-moderée.
- 40. 2^o *Tentative suspendue par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de l'auteur.*

SECTION IV.

§ 1^{er}.

- 41. *Crime qui manque son effet par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de l'auteur.*
- 42. *La tentative fortuitement suspendue est en France, avec raison, réprimée de la même peine que le méfait consommé.*
- 43. *Il en est ainsi à fortiori relativement au méfait manqué.*
- 44. *Différences entre la tentative fortuitement suspendue et les autres phases.*
- 45. *Conditions nécessaires pour qu'il y ait tentative punissable et, en partie, applicables au méfait manqué.*
- 46. A. *L'intention doit être directe. — Dans les méfaits d'emportement, bien que l'intention ne soit pas déclarée parfaite, il y a tentative punissable comme dans les autres méfaits.*
- 47. B. *Il faut que la tentative, qui doit tendre évidemment vers une infraction prévue par la loi, soit constituée par des actes, de la série desquels l'idée de péril soit concomitante.*
- 48. C. *Il faut, en outre, qu'il y ait des faits extérieurs de commencement d'exécution. — Le seul agencement de moyens destiné à assurer la réalisation du méfait, dès qu'ils auront été mis en œuvre à son insu par la main innocente d'un tiers, ne constitue pas une tentative punissable, si l'intervention étrangère prévue ne s'est pas produite.*
- 49. D. *Il est indispensable enfin que l'exécution ait été suspendue par une*

circonstance fortuite indépendante de la volonté de l'auteur. — Difficultés pour discerner quelquefois si le désistement provient de la volonté libre de l'agent ou d'événements accidentels qui ont pesé sur elle.

§ 2.

50. *Trois espèces de méfait manqué.*
 51. 1° But tangible; moyens propres à l'atteindre, mais *circonstances fortuites qui empêchent le méfait de réussir.*
 52. 2° But tangible, mais *moyens employés qui, à l'insu de l'agent, sont inefficaces à l'atteindre.*
 53. 3° Moyens propres à atteindre le but, s'il pouvait être touché; mais *inexistence du but ou impossibilité absolue d'y aboutir.*
 54. Il n'y a de *méfait manqué légalement punissable que dans le premier cas.*

§ 3.

55. La *complicité de tentative et de méfait manqué est punissable.*
 56. Mais le complice par instruction, qui par son *fait volontaire* empêche l'exécution de la tentative, n'est pas punissable. Il l'est, — quoique repentant, au su même de l'auteur principal avant la perpétration de la tentative, — si, le pouvant, il ne l'a pas empêchée, ou si, ne le pouvant pas, il a omis de prévenir l'autorité capable de déjouer le projet criminel. S'il se repent et donne avis à l'autorité avant l'heure du méfait, mais trop tard pour qu'on puisse l'empêcher, il est punissable.
 57. Il n'y a pas de *tentative de complicité punissable.*

SECTION V.

58. *Méfait consommé.*
 59. Résumé du chapitre.
 60. Renvoi pour le complément des explications que motive l'article 2 du Code pénal et pour l'entier développement des applications pratiques, à la partie de la monographie, spécialement réservée à ce côté du travail.

Prolégomènes.

26. Se dégageant des mystérieux replis de la conscience, la résolution criminelle se manifeste extérieurement. Voilà le passage d'une vie à l'autre; mais, si l'accomplissement d'un acte matériel nous indique le début de la vie nouvelle, nous ne savons qu'augurer de ce qui adviendra.

C'est l'enfant qui sort du sein de sa mère. L'existence intra-utérine a pris fin; mais le nouveau-né est-il vivant ou mort? — S'il est vivant, est-il viable? — S'il est viable, arrivera-t-il à l'âge de puberté, à l'entier développement de la nature? — A

combien de degrés pouvait s'arrêter la vie de l'enfant dans le sein qui l'a porté? — A combien peut-elle cesser d'être dans la vie extérieure avant d'atteindre son terme dernier? — Il en est de même du crime. Mille obstacles étaient capables de l'étouffer dans son germe, à une phase plus ou moins avancée de la formation interne; dans sa manifestation visible, il peut aussi accepter à chaque pas l'une des limites que, pour toucher le but suprême, il est obligé de franchir.

27. L'homme vit et se meut dans la nature. Par son organisation, ses sensations, ses besoins et le court intervalle de son existence dans l'immensité des temps, il est semblable à un éclair qui projette un sillon dans les ténèbres et qui disparaît. Il dépend, en quelque sorte, de l'enchaînement général qui constitue l'ordre de l'univers. Être mixte, l'homme ne peut avoir de relation avec le dehors que par l'intermédiaire de sa personne physique; il ne peut s'exprimer qu'à l'aide du corps. Son commerce avec la nature et avec ses semblables est donc un commerce physique; car un contact immédiat a été refusé aux âmes entre elles : le corps sert de trait d'union. Les règles de ces rapports tiennent, en quelque manière, des lois du mouvement; tout le bien et tout le mal que l'homme peut causer extérieurement se soumet, en effet, dans sa manifestation à ces lois¹.

Il importe donc d'étudier les phénomènes successifs du mouvement générateur des actes physiques par lesquels s'exprime au dehors le mal moral. En Dieu seul le dessein et l'effet plein sont la même chose : *fiat et factum est*. Mais l'homme ne procède que par degrés². Sa vie, de l'aurore au déclin, n'est qu'une chaîne incessante d'efforts³. Dans les actions même les plus rapides, entre le commencement et la fin, court une ligne

¹ V. Romagnosi, *Genesi del Diritto penale, quarta edizione*, Firenze, 1832, part. III, L. 2, c. 2, §§ 561-570.

² *In Dio solo il cenno e l'effetto pieno son la cosa medesima : fiat et factum est. Ma l'uomo non va che per gradi.* (Nicolini, V. notre trad., *Revue crit. de lég. et de jurispr.*, t. XIX, p. 259.)

³ *La vita sua dall' aurora al tramonto non è che una catena incessante di conati.* (M. Fr. Carrara, *Lezioni sul grado*, etc., Lucca, Canovetti, 1860, quarta edizione, p. 4.)

La vie est un combat dont la palme est aux cieux.

(C. DELAVIGNE, *Le Paria*, act. II, sc. 1.)

qui se divise naturellement en parties ; la première partie devient le moyen nécessaire pour arriver à la seconde ; la seconde donne le moyen de s'avancer à la troisième, puis à la quatrième et de là à la somme de tous les moyens. Chaque point avant le terme indique une volonté réalisée ; mais, relativement à l'effet complet, c'est seulement *ausus, si non perfectio, at conatus tamen atque adumbratio*¹.

Il faut néanmoins observer que les considérations qui précèdent ne trouvent leur application que dans les méfaits *complexes*, c'est-à-dire dans ceux qui, par leur nature ou par les moyens nécessairement mis en œuvre vers le but de leur perpétration, offrent une série plus ou moins longue d'actes physiques externes à exécuter. Il en est autrement, en effet, pour ce qui regarde les délits simples, ces délits ne présentant pas, — ce qui est indispensable en matière de tentative, — une suite d'actes extérieurs, distincts l'un de l'autre et se succédant.

28. C'est de l'effort qu'il y a lieu de s'occuper ; c'est sur son développement que doit se fixer le regard. A quels degrés principaux peut-il être envisagé ? — Quel est celui de ces degrés auquel commence la criminalité légale ? — Nous n'établirons dans ce chapitre que les principes généraux, nous proposant de nous livrer plus tard, de la manière la plus circonstanciée, aux applications pratiques.

Avant d'arriver au fait qui mérite la peine, *ad' un' operazion che merta pene*², se déroulent des actes externes conduisant à la violation du droit et renfermés dans l'effort de la volonté, joint à un effort du corps. *Conatus in itinere*, dit Alciat, *crimen in meta* ; il y a crime même à des degrés antérieurs au terme, mais qui en sont très-voisins. Quel effort d'intelligence, quelle énergie de caractère, quelle vigilance, quelle sollicitude, combien d'expédients, que de pas, que de sueurs dans les attentats d'un Catilina ou d'un Cromwell³ ! Que de phases possibles dans l'exécution d'un crime vulgaire ! Il ne faut pas toutefois essayer de discerner, au point de vue juridique, les nuances que le moraliste saisit dans l'abstraction. Il suffit de considérer

¹ Cic., *Or.*, ad Brutum, 29.

² Dante, *Purg.*, XVII, 104.

³ V. Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, L. 1, c. 5, § 696.

les points saillants et, sans rechercher les nombreux degrés qu'aperçoit le psychologue, se borner à étudier quelques situations nettement marquées et bien distinctes. Les nuances intermédiaires échappent au droit, appartiennent au fait et rentrent dans le domaine du juge. Nous pouvons cependant nous permettre de dire que notre Code pénal ne distingue pas un suffisant nombre de phases. C'est ce qui fait penser à M. de Molènes que notre législation passe trop promptement de l'impunité de l'acte préparatoire à la sévère répression du commencement d'exécution : il voudrait voir préciser plusieurs degrés suivant la marche croissante du crime¹. Nous signalerons les principaux, guidé par un égal désir d'éviter les périls de la subtilité et les erreurs de la confusion.

20. Tous les actes extérieurs, ceux-là même qui tendent vers l'accomplissement d'un mal social, ne sont pas punissables. Pour qu'il y ait motif de répression, le fait doit être non-seulement nuisible à la société, mais prévu par la loi pénale² ; il faut, en outre, qu'il y ait eu chez l'agent volonté exprimée matériellement de violer la loi³. Il faut, disent les Allemands, intention et actes volontaires, *absicht* et *dolose handlungen*. Ce n'est pas le démerite moral et absolu de l'accusé ni ses intentions perverses, en général, que le juge doit constater, mais le concours positif de l'intelligence et de la volonté dans l'acte illicite prévu par la loi pénale⁴.

Rappelons, d'un autre côté, que tout fait voulu est *imputable* à son auteur, considéré comme cause productrice de l'effet advenu, comme ayant mis en action la connaissance du rapport

¹ V. son livre de *l'Humanité dans les lois criminelles*, p. 550. — La théorie du *conato* a été exposée notamment dans une très-remarquable dissertation de Nicolini sur ce point et dans le traité de M. Carrara, que nous avons cité et qui est sous ce titre : *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*. Nous remercions le savant professeur de droit criminel de l'Université de Pise de l'honneur qu'il nous a fait en nous adressant si gracieusement ses œuvres juridiques.

² Car tout méfait est un *axione vietata dalle leggi da esse punita*. — Cit. de Romagnosi, *op. cit.*, part. III, L. 2, ch. 1, § 560.

³ V. Filangieri, *Scienza della Legislazione*, Genova, 1798, t. V, p. 105. — Il est indispensable qu'il y ait, dit Romagnosi, § 555, *un atto fatto con intelligenza e liberta esecutrice, nocivo altrui ed ingiusto*.

⁴ V. Rossi, *Traité de droit pénal*; éd. de M. Faustin Hélie, Paris, 1855, t. I, p. 29; t. II, p. 88.

qui existe entre l'instrument qu'il a employé et l'effet qu'il a eu le dessein d'atteindre. Le non-accomplissement volontaire d'un acte légalement obligatoire lui est imputable aussi ; car l'infraction est toujours ou la commission d'un acte défendu ou l'omission d'un acte ordonné¹.

Le cas abstrait d'application de la peine et le principe légal de la criminalité sommairement indiqués, suivons le développement externe de l'acte coupable pour préciser l'instant où, la loi étant violée, il y a lieu d'en demander compte à l'agent.

SECTION I^{re}.

30. Prenons un exemple. — Un inconnu est vu, pendant la nuit, auprès d'une maison écartée ; sa présence est suspecte. Mais cette appréciation est-elle fondée ? — Un sentiment de curiosité ne le retient-il pas ? — Ne serait-il pas là dans une pensée étrangère à celle d'un crime ? — Admettons qu'il stationne dans une intention coupable, qu'il a résolu un méfait. Quel est ce méfait ? Est-ce un vol, un attentat aux mœurs, un incendie, un assassinat ? Nul ne peut le dire ; car nul n'a lu dans le cœur de cet homme. Il ne peut donc être pris aucune mesure répressive. — Le crime qu'il veut commettre fût-il même formellement indiqué, l'agent n'encourrait, en ce moment, aucune peine. Ne peut-il pas d'ailleurs se retirer, faire cesser tout soupçon, renoncer au projet coupable qu'il médite ?

Allons plus loin. Cet individu est porteur d'un marteau, de pinces, d'une échelle. Supposons de nouveau que nous ne le savons pas disposé à commettre un crime : qu'y a-t-il d'appréciable au point de vue de la justice ? Rien qu'elle ait à punir ; car, ces instruments, l'homme les porte dans un but qui peut n'être pas mauvais ; il revient d'un atelier et il en est encore muni ; ou bien il s'en est pourvu avec le dessein de procéder à une opération très-avouable, en compagnie d'une personne qu'il attend. — Mais admettons encore qu'il veut accomplir un méfait. La question que nous nous sommes posée tout à l'heure se reproduit. Quel méfait ? Contre quelle personne ou contre

¹ V. Romagnosi, *op. cit.*, §§ 592, 595, 596, 623. Distinctions nettement posées entre l'imputabilité et la responsabilité, entre le *dolo*, la *colpa* et le *caso*.

quelle chose? qui est en mesure de le révéler? Car pour l'exécution de plusieurs crimes l'emploi de ces instruments est nécessaire, s'il veut pénétrer dans la maison qu'il considère et dont toutes les issues sont fermées. Du reste, nous le répétons, en admettant qu'il marche vers un attentat, il peut venir à résipiscence, sans avoir fait aucun usage des instruments qui sont entre ses mains.

Encore plus avant. Cet homme, muni de ses outils, s'approche de la maison. Il dit, soit à voix basse, se croyant seul, — et il est entendu à son insu, — soit publiquement, très-haut, à plusieurs personnes, qu'il va commettre un vol, qu'il y a dans cette maison un coffre; — que ce coffre, il veut le forcer et emporter l'argent qui y est renfermé; — que ce projet, il l'a définitivement résolu et qu'il est non-seulement disposé à l'exécuter, mais en mesure de le faire. Aucune législation, aucune opinion de docteur, aucun jugement humain ne le menacent. Il n'a pas encore franchi la limite qui sépare la criminalité morale exprimée de la criminalité légale punie. Est-il vraiment sage qu'il en soit ainsi? Dans le cas spécial, par exemple, de dessein hautement avoué, nous avons déjà dit dans notre précédent chapitre, que nous ne le pensions pas : une peine légère serait, en ce moment, opportune; elle n'éloignerait pas l'agent d'un retour vers le bien; car il n'ignorerait pas que plus il avancerait, plus serait grave le châtement.

Mais son projet sera connu rarement d'une manière certaine. Ces actes préliminaires s'accomplissent, en général, sans qu'il soit permis de préciser avec sûreté le but qu'avec leur aide l'agent veut atteindre. Comme nous le disions, on ne sait pas le plus souvent la nature de l'attentat dont les moyens s'organisent, tant sont nombreux les actes divers auxquels peut s'appliquer le même commencement de mise en œuvre.

31. L'indécision sur le véritable objet poursuivi s'oppose à ce qu'aucune peine puisse être édictée. Ce qu'a fait l'agent jusqu'à cet instant constitue, à leurs différents degrés, les *actes préparatoires*, c'est-à-dire la première phase de la vie externe du crime. Il n'a pas encore commencé l'exécution : il a pris la pierre, il l'a disposée dans la fronde; mais il ne l'a pas encore lancée. Ces vers du Dante, que cite avec justesse Nicolini, expriment l'état de l'agent durant les actes préparatoires :

*E quale il cicognin che leva l'ala
Per voglia di volare, e non s'attenta
D'abbandonar lo nido, e giù la cala*¹.

Aux yeux de la loi, ces actes préparatoires n'indiquent pas nécessairement une direction nette vers un but déterminé.

Ce ne sont pas seulement les faits semblables à ceux que nous venons de signaler qui rentrent dans cette catégorie; ce sont tous les actes qui se produisent depuis le premier signe de manifestation visible du crime jusqu'à la phase suivante que nous aurons à apprécier; ce serait, dans l'espèce notamment, l'acquisition du marteau, des pinces, de l'échelle, le port de ces instruments de la maison de l'agent au lieu où nous l'avons considéré, etc. Certains de ces actes pouvant être accomplis longtemps avant le méfait et loin de l'objet vers lequel ils tendent, il est vrai de dire, d'une manière générale, qu'ils ne font point partie de l'action criminelle. Ces actes n'ayant pas un rapport forcé, immédiat avec le crime, la justice humaine ne peut les apprécier avec certitude². Autre chose est qu'un fait puisse aider à produire un résultat; autre chose est que l'auteur du fait entende causer ce résultat, si le fait même se conçoit sans en être accompagné, si, pour atteindre le résultat, *d'autres faits sont inévitablement nécessaires*. Les préparatifs échappent donc à toute répression, une peine ne pouvant être infligée à des actes qui non-seulement ne disent pas quel attentat va se produire, mais encore n'annoncent pas, d'une manière certaine, un crime futur. Il est même possible que l'agent, sans être entièrement décidé, dispose néanmoins les moyens qui pourraient éventuellement servir à la perpétration. Or il serait contraire au principe fondamental de la criminalité de prononcer une peine motivée sur un terme final, alors que l'on ignorerait si la volonté de mal faire était définitivement arrêtée dans l'esprit de l'agent. La préparation externe n'est d'ailleurs que la continuation de la préparation interne. Après avoir décidé qu'il commettra le vol et que, pour l'accomplir, il usera d'une

¹ Tel que le petit de la cigogne qui soulève ses ailes, excité par le désir de voler et n'ose pas (ne se hasarde pas à) quitter le nid et les abaisse. (*Purg.*, XXV, 10. — V. notre traduction précitée de Nicollini, p. 253-255.)

² *Estos actos no teniendo una relacion forzosa, inmediata con el crimen, no puede la justicia humana apreciarlo con acierto.* (M. Fr. de Cardenas, *El Derecho moderno*, etc.; Madrid, 1848, t. IV, p. 149.)

échelle, d'un marteau, de pinces, de leviers, l'agent a réalisé par des faits matériels, non le crime résolu, mais des actes qui peuvent servir de préparation à ce crime. Les dispositions arrêtées intérieurement pour exécuter l'attentat ne sont, nul n'en doute, punissables. Il en est ainsi des actes de préparation externes qui, s'ils sont de nature à permettre l'accomplissement d'un méfait, peuvent aussi être destinés quelquefois à faciliter une entreprise honnête. Après ces actes, l'agent n'est pas entièrement délinquant, *no es todavia delincuente*.

32. Les actes préparatoires ne sont pas le commencement de l'exécution du crime, mais les moyens ¹. On les regarde comme une sorte de transition entre la pensée et sa vraie réalisation. L'accomplissement d'un crime est un voyage que fait le mal vers la violation de la loi. Si, habitant de Toulouse, nous voulons aller à Paris, et que, sur le point de partir, nous nous procurions un passe-port, nous ne sommes pas encore *in viâ*, le voyage n'est point commencé. Mais, si nous sortons de Toulouse par l'avenue de Paris, nous avons fait le premier pas du chemin. C'est ainsi que l'homme, vu par nous auprès d'une maison qu'il considère, n'a pas commencé sa route vers le but criminel par cela seul qu'il porte sur lui des pinces, qu'il est muni d'une échelle et qu'il stationne près de cette maison ; car il est encore matériellement dans la voie que peut suivre un homme de bien, et il faut qu'il s'élance hors de cette voie pour se placer sur le terrain du mal légal. Donc, tant qu'il demeure dans l'état où nous l'avons laissé, il n'y aura pas commencement d'exécution.

33. Cependant personne ne se dissimule la difficulté extrême de signaler avec précision pour tous les cas la limite qui sépare les *préparatifs* de ce qui est le commencement d'*exécution* ². Il n'y a pas à cet égard de règle absolue à poser, la question, ainsi que nous le verrons plus tard, se présentant sous un aspect différent relativement à chaque espèce de crime

¹ *No son el principio de la ejecucion del crimen, ma los medios.* (M. Fr. de Cardenas, *op. cit.*, p. 149.) — V. Rossi, *déj. cit.*, t. II, p. 109 et 118; Nicolini, Carrara, etc. — V. aussi Dalloz, *Rép.*, t. XLII, II^e partie, v^o *Tentative*, n^o 8. — MM. Faustin Hélie et Chauveau, t. I, p. 341 et 342. — M. Trébutien, t. I, p. 96 et 97, etc.

² V. Rossi, *déj. cit.*, t. II, p. 118, 121. — M. Carrara, *op. cit.*, p. 24 et suiv. — Dalloz, v^o *Tentative*, n^o 55 et s. — Hauss, etc.

et ne paraissant même pas toujours susceptible d'une solution uniforme pour chaque crime d'une espèce déterminée. Le droit criminel, comme toute science philosophique, est en présence de l'action de la liberté humaine et, par suite, de l'incommensurable variété qui en découle. Nous dirons néanmoins que pour distinguer les actes préparatoires du commencement d'exécution, il importe principalement de se demander si l'individu a seulement disposé les moyens sans les avoir d'aucune manière mis en œuvre, ou s'il est entré déjà par un acte extérieur suffisamment expressif dans la voie où il doit en faire usage. L'agencement achevé des moyens dans le sens formel du crime poursuivi est, à nos yeux, le signe qui, placé sur les confins du commencement d'exécution, indique le dernier terme des préparatifs et le point de départ de l'effort proprement dit. C'est là peut-être le *criterium* de la distinction. Nous en ferons l'application, d'abord dans l'étude doctrinale de la *tentative*, puis surtout dans la partie pratique.

34. Si les actes préparatoires sont à l'abri de toute peine, considérés quant au but vers lequel ils peuvent tendre, ils ne sont pas moins de nature à pouvoir être réprimés, envisagés comme constituant par eux-mêmes des méfaits consommés. De même qu'en ce qui concerne, dans certains cas, les simples manifestations de résolutions coupables, ce n'est pas là une exception au principe qui affranchit les préparatifs d'une pénalité quelconque, puisque, lorsqu'ils sont atteints, ils ne le sont pas comme avant-coureurs des faits qu'ils préparent. Nous ne reviendrons pas, au point de vue des *résolutions criminelles exprimées*, sur les précisions législatives qu'il nous suffit d'avoir indiquées à cet égard dans le précédent chapitre; nous insisterons seulement sur celle qui concerne les menaces. La loi les punit, alors même qu'il serait certain que la volonté de les exécuter n'a jamais existé chez l'agent. C'est bien une infraction *sui generis*. La preuve de l'intention de réaliser la menace est une circonstance non constitutive de ce délit, mais moralement aggravante. Sous l'inspiration de cette pensée, M. Faure déclarait, lors de la discussion du Code pénal, « qu'on ne peut attribuer la menace qu'au désir de répandre l'effroi, sans aucun but de s'approprier le bien d'autrui¹. » Le législateur ne

¹ V. Locré, t. XXX, p. 473 et 506. — *Contrà*, Rossi, ainsi que MM. Faustin Hélie et Chauveau.

s'est, en effet, nullement préoccupé de l'exécution de la menace lorsqu'il a édicté des peines contre ce délit, à ses divers degrés ; il n'a mesuré le châtement que sur la terreur causée à la personne menacée et sur le trouble apporté à la sécurité publique. Sous le rapport des *actes préparatoires*, ce n'est donc pas davantage par exception, mais « par suite d'une mauvaise terminologie, qu'on a pu dire que les lois de la presse atteignaient la pensée. L'idée la plus immorale, exposée par correspondance ou dans le cercle de l'intimité, ne peut être incriminée ; ce que la loi atteint, c'est la publication de la pensée mauvaise jetée en pâture à l'ignorance ou à des passions coupables, parce qu'elle est un fait externe dangereux pour l'ordre social ¹. » — Nous ne voyons pas, d'un autre côté, une exception dans les dispositions de l'article 277 du Code pénal, qui prononce deux à cinq ans d'emprisonnement contre tout mendiant ou vagabond qui a été saisi travesti ou porteur d'armes, bien qu'il n'en ait usé ni menacé, — ou muni de limes, crochets ou autres instruments propres, soit à commettre des délits, soit à lui procurer les moyens de pénétrer dans les maisons. Le législateur regarde comme aggravant et comme mauvais en soi, d'une manière achevée, le fait seul par le vagabond ou le mendiant d'être surpris dans l'une des situations qui viennent d'être rappelées. L'agent n'est point puni assurément pour avoir marché vers l'assassinat, le vol à main armée ou tout autre crime ; car il ne serait pas même possible d'indiquer l'attentat qu'il pouvait vouloir commettre.

Reste donc debout le principe que *les actes préparatoires* ne sont pas punissables. L'aggravation de peine en matière de complot et d'attentat contre la personne de l'Empereur ou des membres de la famille impériale, dans le cas *d'acte commencé pour en préparer l'exécution*, pourrait seule paraître une exception qui s'explique par des raisons politiques d'un ordre particulier ².

¹ V. M. Trébutien. t. 1, p. 94 et 95.

² V. art. 89 et 90 C. pén. — Pas d'exceptions réelles à la règle dans les articles 132, 147, 150, 314 C. pén., dans la loi du 24 mai 1834, etc.

SECTION II.

35. L'homme dont l'attitude est l'objet de notre examen, appuie l'échelle au mur de la maison, au-dessous de l'embrasure d'une fenêtre. C'est le premier pas vraiment accompli dans la voie du mal, le premier élan au delà du préparatif. Mais ce premier pas n'est point encore le *commencement d'exécution*, sous le rapport juridique. Le commencement d'exécution, en effet, c'est *l'effort très-voisin du but*, tandis que jusqu'à cet instant nous ne pouvons apprécier que *l'effort éloigné*. Dans ces deux termes est renfermé tout le cours de l'exécution envisagée au point de vue soit vulgaire, soit légal. Il y a commencement d'exécution vulgaire dans le *conato remoto* ; mais pour constituer le commencement d'exécution légal, il faut nécessairement le *conato prossimo*, le *nächste Versuch* des Allemands opposé à l'*entfernter Versuch*.

C'est ici que se reproduit sous un aspect plus saisissant la difficulté tout à l'heure-indiquée de distinguer le commencement d'exécution juridique de ce qui n'est pas encore lui. Maintes fois l'agent passe sans transition de l'acte préparatoire au commencement d'exécution juridique, et même dans ce cas, comme nous l'avons dit, il est très-fréquemment embarrassant de discerner le préparatif de l'attentat. Combien plus périlleuse est cette tâche lorsque les circonstances de la perpétration du crime permettent de constater, sans subtilité aucune, entre le préparatif et le commencement d'exécution légal, ce commencement d'exécution vulgaire dont nous parlons ! Carmignani a cherché à arrêter la formule qui donnerait le moyen de distinguer dans ces cas si nombreux le *conato remoto* du *conato prossimo*. Malgré la délicate finesse d'esprit de ce criminaliste, dont l'enseignement dans la chaire de Pise est demeuré célèbre, il n'a pu poser cette formule qu'il lui a même paru impossible de préciser¹. C'est un point de fait sur lequel il semble qu'il faut laisser à la conscience du juge le soin de statuer.

¹ V. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, p. 228. — Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, L. 1, c. 5, § 699. — MM. Fr. Carrara, de Cardenas, etc.

Sans méconnaître les multiples difficultés de l'application, nous croyons toutefois que l'on peut entrevoir cette distinction sous le rapport abstrait : nous comptons en faire usage dans la partie pratique de notre œuvre. Nous serions disposé à dire : il y a *conato remoto*, commencement d'exécution vulgaire, lorsque l'effort, tout en se dirigeant manifestement vers un méfait, se produit sans qu'il existe un rapport direct entre cet effort et le but final que poursuit l'agent, surtout lorsqu'il peut encore y avoir équivoque sur l'objet précis de la tendance. — Il y a, au contraire, *conato proximo* et de plus en plus rapproché, quand l'effort se dirige d'une manière non douteuse, mais formelle et appropriée au but, vers la chose ou la personne, terme final du méfait, *rem scilicet vel personam in cujus perniciem exercentur actus*.

Ce que nous avons appelé jusqu'ici *commencement d'exécution vulgaire*, les jurisconsultes le dénomment *attentat*. Comme le préparatif, cette phase intermédiaire, qui conduit au commencement d'exécution légale, échappe à toute répression, à moins qu'on ne la qualifie d'infraction consommée par elle-même. Le voleur qui appuie l'échelle au mur de la maison pour y pénétrer, ou qui crie seulement à l'homme qu'il veut dépouiller : *arrête, arrête* ; — l'empoisonneur qui s'avance pour présenter le breuvage mortel ; — l'homicide qui seulement dégaine le poignard ou saisit le fusil ; — le faussaire qui est en attitude d'effacer un nom pour lui en substituer un autre ; — le prisonnier qui prend une lime pour briser sa chaîne, tous ceux-là n'ont encore commis que des *attentats* non punissables, du moins quant au but vers lequel ils tendent.

Le malfaiteur, après avoir appliqué l'échelle, la gravit et, à l'aide des instruments dont il est muni, il force la fermeture extérieure de la fenêtre. L'effort devient plus grave ; mais, en général, il ne cesse pas d'être juridiquement *éloigné*.

36. L'homme s'introduit dans l'une des chambres de la maison. S'il est surpris en ce moment, peut-on dire de quel attentat il s'est rendu coupable ? — De quel crime ? Sans doute, ce fait, regardé non comme l'une des phases d'un crime, mais comme achevé, est réprimé par la loi pénale : car, à ce dernier point de vue, il existe et une violation de domicile et un bris de clôture, délits prévus par l'article 184 du Code pénal *in fine* (peine de six jours à trois mois d'emprisonnement et

de 16 francs à 200 francs d'amende), et par l'article 456 du même Code (peine d'un mois à un an d'emprisonnement et de 50 francs d'amende au moins). Mais en tant que degrés vers la perpétration d'un crime, ces faits d'escalade, d'effraction extérieure ne constituent pas, absolument parlant, le commencement d'exécution dans le sens légal qui désormais nous préoccupe exclusivement. On ne sait pas encore de quel crime ces faits sont les avant-coureurs. Le malfaiteur peut être venu pour assassiner une femme qui est couchée dans la maison, ou pour la violer, ou pour soustraire de l'argent à son préjudice. Les faits d'escalade et d'effraction extérieure, quelquefois même d'effraction intérieure, de même que l'usage de fausses clefs, destinés seulement à être des circonstances aggravantes, ne peuvent nous signaler l'un de ces buts plutôt que l'autre. Ces actes ne font pas nécessairement par eux-mêmes un seul tout avec le crime, qui peut ne pas s'être dessiné, alors qu'ils sont entièrement perpétrés. Il ne peut donc y avoir commencement d'exécution d'un crime indéterminé dans des actes qui sont de nature à faciliter la réalisation de plusieurs crimes. Le commencement d'exécution, en effet, c'est l'effort proche du terme, c'est l'acte en rapport direct et nettement indiqué avec le but poursuivi ¹.

Voilà le principe général : nous disons qu'il n'y a pas là commencement d'exécution, parce que nous supposons que le crime voulu n'est pas suffisamment précisé; mais si, au contraire, l'agent ne peut, à l'aide de ces faits, accomplir qu'un seul crime; s'il s'introduit, par exemple, porteur d'un sac, dans un grenier inhabité et isolé, qui ne renferme que des récoltes; si, en un mot, aucun doute ne peut s'élever sur la nature de l'attentat, nous pensons que ces faits sont des efforts *très-proches*, des actes qui expriment un commencement d'exécution. Ce qui les représentait comme des *efforts éloignés*, c'était l'indécision concernant le but, c'était, par suite, le défaut de rapport direct avec tel méfait plutôt qu'avec tel autre; mais, dès l'instant que l'hésitation quant au terme n'existe plus, ces actes se rattachant à l'objet d'une manière utile et directe, constituent le commen-

¹ V. MM. Faustin Hélie et Chauveau, *déj. cit.*, t. I, p. 359 et s. — Dalloz, *v° Tentative*, n^{os} 68-72. — Cramignani, *op. cit.*, t. II, p. 334. — Carnot, *Comm. sur le Code pénal*, t. I, p. 16, etc.

cement d'exécution. Là se trouve, à nos yeux, le moyen de résoudre la difficulté en cette matière ; nous ferons plus tard l'application de ce principe, ainsi que de tous ceux exposés dans ce chapitre. Nous apprécierons, sous l'influence de cette pensée, les décisions variées de la jurisprudence relativement au sujet dont nous parlons ¹.

SECTION III.

37. Le malfaiteur va vers un coffre qui est dans la chambre où il a pénétré. Ce meuble renferme de l'argent et des papiers de famille. Il force le coffre. Mettons-nous dans l'hypothèse où nous étions avant la dernière précision que nous avons été amené à faire. A la rigueur, on peut dire, le cas échéant, qu'il n'y a encore là qu'*effort éloigné* ; car l'agent est en mesure, par cette effraction intérieure, aussi bien de connaître les secrets de la famille dans l'appartement de laquelle il s'est introduit que d'enlever la somme d'argent contenue dans le coffre. Mais le *commencement d'exécution* est caractérisé sans nul doute, s'il n'y a que de l'argent, de même que si, malgré la présence des papiers de famille, il est sûr, d'après les circonstances, que l'agent qui, par exemple ne sait pas lire, a pour but le vol et non le dessein de se rendre maître d'un secret. Ce n'est pas tel acte matériel plutôt que tel autre qui constitue le commencement d'exécution : tout dépend de l'examen particulier du fait, de l'intention qui en dénote la portée, du but dont la proximité plus ou moins sensible en décide la valeur. Tel fait, plus avancé matériellement dans le cercle étroit où nous nous resserrons, pourra ne pas présenter le caractère du commencement d'exécution, parce que quelque incertitude sur le but empêchera d'en mesurer la distance ; tel autre fait, au contraire, quoique moins avancé, aura atteint le degré qui nous préoccupe, parce qu'une volonté formelle en dira la gravité, et que le peu d'éloignement d'un terme nettement dessiné fera ressortir l'imminence du péril.

Le malfaiteur ne touche pas aux papiers. Il met la main sur un sac d'écus sans l'attirer encore à lui. C'est alors incontestable-

¹ V. M. Carrara, *op. cit.*, p. 59 et s. — Rossi, L. 2, ch. 28. — Roberti, t. III, p. 127 et s. — Trébutien, t. I, p. 96, n° 13.

blement *l'effort très-proche, le commencement d'exécution*. On ne peut plus se méprendre sur la nature de l'acte qui va s'accomplir; ce ne peut être qu'un vol et pas d'autre attentat; aucune hésitation n'est admissible quant à la détermination du but. L'acte est à la fois *inhærens mediis ad finem tendentibus et conjunctus extremis suis ac fine*. A partir de ce moment (ou des actes antérieurs, si, comme nous l'avons dit, ils ne pouvaient précéder qu'une seule espèce de crime), la justice humaine a le droit de demander compte au malfaiteur de sa conduite. L'agent, depuis longtemps d'ailleurs dans la voie du mal moral, est saisi par l'étreinte de la loi. Mais disons à quelles conditions.

38. 1° Le malfaiteur n'a pas encore enlevé le sac d'argent. Si, rappelé, en ce moment, au sentiment du devoir par l'imminence de la réalisation du crime ou par une considération quelconque, il retire la main, abandonne l'objet, et s'il renonce à la consommation du dessein, pénétré d'un repentir tardif sans doute, mais qui est toujours une grande chose aux yeux du moraliste comme du législateur, est-il juste de décider qu'il a accompli un acte non punissable? Ce qu'il a exécuté, c'est la *tentative nue*, manifestée par un commencement de réalisation, et qui n'a pas eu son effet par suite du désistement volontaire de l'agent, quel que soit d'ailleurs le motif du désistement pourvu qu'il soit spontané.

39. Aucun châtement n'est infligé au méfait qui prend fin à ce point et dans ces circonstances. Cette manière de voir n'est pas rigoureusement exacte; car la raison de punir réside autant dans le *péril couru* que dans le *dommage causé*; la crainte seule inspirée par la menace du danger ne constitue-t-elle pas d'ailleurs en elle-même un dommage social? — Cette idée est le fondement de la théorie de la *tentative* et de la pénalité qui y est attachée. L'agent, en portant la main sur le sac d'écus, a fait courir un danger qui a existé réellement; et, sans se préoccuper outre mesure du mal qui pouvait advenir, il y aurait, ce me semble, lieu de le punir, tout en lui tenant un large compte de la cause volontaire qui a empêché la perpétration du crime; car la tentative, au point où nous l'examinons, est le commencement et comme le tracé de l'exécution du méfait. On ne peut supposer l'inadmissible caprice d'entreprendre et de tenter un délit, avec la résolution expresse de renoncer à son exécution

avant le terme¹. La *tentative nue* est bien, par conséquent, un fait contre lequel une répression pourrait être légitimement édictée. — On dit que l'attentat, dans cette circonstance, est le résultat d'une volonté criminelle qui s'est formée sans avoir eu peut-être la ténacité, la malice, l'audace ordinaires aux coupables. Aussi regarde-t-on le mal imputable à l'agent comme entièrement effacé par le repentir subit qui l'a fait revenir en arrière; et frappé de ce qu'a de puissant, au point de vue moral, son désistement volontaire et spontané, on l'affranchit de toute pénalité, aucun dommage ne s'étant d'ailleurs réalisé.

40. 2° Le malfaiteur, sans se laisser toucher par le sentiment du devoir ou vaincre par le repentir, va enlever l'argent au moment, par exemple, où survient quelqu'un. Celui-ci s'élançe sur le coupable qui ne peut pousser son méfait plus avant. La tentative, manifestée par des actes extérieurs d'un commencement d'exécution, n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté de l'auteur. C'est l'un des deux cas prévus par l'article 2 du Code pénal, par ce texte si vivement attaqué dont nous aurons, au moment opportun, à apprécier l'esprit, la doctrine et les termes. D'une part, tous les actes extérieurs, nécessaires à l'exécution, ont été entrepris ou commencés; de l'autre, l'effet n'a été suspendu que par un événement tout accidentel. C'est dire assez en quoi cette tentative diffère de la *tentative nue*, à laquelle met fin la volonté de l'agent. Ils ont aussi commis la *tentative fortuitement suspendue*, s'ils ont été empêchés d'une manière inattendue, l'empoisonneur qui a approché le poison des lèvres de sa victime, — l'homicide qui a déjà dirigé sur quelqu'un son bras armé d'un poignard, — le faussaire qui, avec la mine de plomb ou avec le ponce, a retracé la signature, lorsque l'écrit frauduleux commence, à l'aide de l'encre, à prendre la forme du véritable, — le prisonnier qui, muni d'une lime, a déjà scié une partie de ses fers.

¹ V. Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, L. 2, c. 4, § 768; c. 5, §§ 789 et s. — V. M. Carrara, *op. cit.*, p. 24 et s.

SECTION IV.

§ 1^{er}.

41. Supposons que le coupable a réussi à prendre l'argent, qu'il le tient et qu'il est prêt à l'emporter, au moment où la venue inopinée d'un tiers le détermine à s'en dessaisir et à le jeter ; voilà le *méfait manqué*. L'auteur a achevé tous les actes qui avaient pour but d'accomplir l'action criminelle ; mais cette action n'a pas eu l'effet matériel qu'il attendait. Le *méfait manqué* est *subjectivement* consommé par rapport à celui qui l'a commis, mais il ne l'est pas *objectivement* à l'égard du but. C'est l'exécution libre et raisonnée d'un acte physique externe duquel découle ordinairement un effet injustement nuisible à autrui, effet qui manque alors soit par accident, soit par quelque jeu du hasard ¹. C'est le *misfatto mancato* des Italiens, le *delito frustrado* des Espagnols, le *geendigte aber erfolglose Versuch* des Allemands. Il y a *méfait manqué*, — le mal souhaité n'étant pas advenu, — si la substance vénéneuse a été avalée, si le plomb meurtrier est parti du fusil vers la victime, si le prisonnier, qui a rompu toutes ses chaînes, est arrêté à l'improviste par la force publique ou par quelque autre accident. C'est le dernier degré avant la consommation.

42. On a partout débattu la question de savoir si *la tentative fortuitement suspendue* et le *méfait manqué* devaient être atteints d'une peine égale à celle de l'acte consommé, ou n'encourir qu'une peine moindre. Que penser à cet égard des termes de l'article 2 de notre Code pénal ? « *Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.* »

¹ V. Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, L. 1, c. 4, §§ 680 et s., 693, 694. Cet illustre criminaliste est celui qui a le mieux précisé le caractère du méfait manqué. — *Hay TENTATIVA cuando el culpable da principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente que no sea su proprio y voluntario desistimiento* : — *Hay DELITO FRUSTRADO, cuando el culpable á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo no logra su mal proposito por causas independientes de su voluntad.* (M. Fr. de Cardenas, *op. cit.*)

Et d'abord, parlons de la *tentative fortuitement suspendue*.

De sa nature, la peine est efficace pour repousser l'impulsion de la passion coupable, unique mobile des méfaits, et pour prévenir la consommation du mal, cause unique du dommage. Avant d'arriver à cette consommation il faut passer par des degrés. La peine qui, afin d'empêcher la pleine réalisation de l'effet, atteindrait le mal dans sa marche, serait susceptible, ainsi que nous l'avons indiqué, d'éloigner le dommage résultant du méfait consommé. Il faudrait même rigoureusement poser comme règle générale que la peine de l'attentat devrait être en raison directe du danger couru et de la proximité du terme, en même temps que de la chance d'impunité. Le vœu principal de la société étant d'empêcher le délit, elle devrait ne rien négliger de ce qui pourrait prévenir contre son exécution ou même contre les actes qui y conduisent. Cette répression serait même comme un supplément ajouté à l'énergie de la peine qui menace le crime consommé. Si la législation laisse impunis tous les actes sans exception jusqu'à la *tentative fortuitement suspendue*, faut-il tout au moins s'inspirer à partir de cet instant du principe de la pénalité proportionnelle, ou bien déclarer qu'il ne trouve pas dès ce moment matière à application, et que l'agent, arrivé à ce degré, a encouru la peine entière ?

La culpabilité s'accroissant à mesure que l'on se rapproche de la consommation, il a paru à la plupart des criminalistes que l'attentat interrompu fortuitement ne doit jamais être traité d'une manière aussi rigoureuse que le méfait achevé. Peut-être, dit-on, l'agent ne serait pas allé jusqu'au bout ; peut-être, au moment où la circonstance accidentelle s'est produite, se serait-il spontanément arrêté. « Comme il peut y avoir, pense Beccaria ¹, un intervalle entre la tentative d'un délit et l'exécution de ce délit, il est juste de réserver une peine plus grande au méfait consommé, pour laisser à celui qui ne l'a que commencé quelques motifs de ne pas l'achever. » D'après Romagnosi, il serait mauvais de violer la règle de gradation de la peine qui ne doit atteindre son terme le plus élevé que contre l'acte consommé ; il faudrait que l'agent fût toujours menacé, avant d'avoir touché le but, par la crainte d'un châtement plus

¹ *Op. cit.*, § 37, p. 80.

sévère, dont la seule pensée lui servirait de frein et l'empêcherait de consommer le méfait. Il n'est pas un degré auquel, selon ce profond jurisconsulte, doit faire défaut au coupable un motif de repentir. Plus il avance, moins nombreux sont les actes à accomplir et les phases à traverser; il importerait donc d'aggraver le châtement définitif pour contenir le progrès du mal d'une main plus ferme et avec plus d'efficacité. — Puisque le hasard, dit de son côté M. Carrara, a une si grande part dans les événements humains, rien ne répugne qu'il en ait aussi une dans la responsabilité des actes délictueux. L'imputabilité d'une tentative quelconque, ajoute-t-il, ne peut jamais s'élever au degré qui résulte de la production d'un effet en rapport avec la volonté. La Cour de Rennes était aussi pénétrée de ce sentiment, lorsqu'elle disait dans ses *Observations sur le Code pénal, que la consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives*. Le plus grand nombre des docteurs partagent cette opinion, que sanctionnent presque toutes les législations; on s'accorde donc assez généralement pour décider que la peine méritée par la *tentative fortuitement suspendue* doit être moindre que celle du *méfait consommé*¹.

Filangieri, le plus spiritualiste des penseurs qui aient sondé les profondeurs du droit criminel, ne s'associe pas à ce concert de la doctrine et des législations. Sa voix prête aux Codes français et prussien² un appui de la plus haute valeur. « On se demande, dit-il, si l'acte que la loi doit punir est seulement

¹ V. Nicolini, *notre tr. préc.* p. 221 et s. — Carmignani, *op. cit.*, t. II, ch. 15. — Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, §§ 668, 671, 866, 872. — M. Carrara, *op. cit.*, p. 8. — Rossi, *déj. cit.*, t. II, p. 156 et s. — Mittermaier, *Journ. crit. de lég. et de jur. étr.*, t. IV, p. 131. — Weber, *Arch. du dr. crim.* — Bauer, *Motifs du proj. de C. pén. du Hanovre*. — Feuerbach, *Tr. de dr. pén.*, t. II, p. 321. — Haus, *Observ. sur le proj. de Code pénal belge*, t. I, p. 64. — MM. Faustin Hélie et Chauveau, *déj. cit.*, t. I, p. 345 et s. — Boitard, *déj. cit.*, n° 24. — M. Molinier, *cours inédit*. — M. Ortolan, *Éléments de dr. pén.*, n° 992 et s. — Legerverend, *Législ. crim.*, t. I, ch. 2, p. 220. — Carnot, *Comm. sur le C. pén.*, t. I, p. 11. — M. Trébutien, *déj. cit.*, t. I, p. 104 et 105, etc., etc. — Dans un chapitre spécial, nous nous occuperons des dispositions des lois étrangères sur ce point et sur tout ce qui concerne notre sujet.

² En Prusse, l'assimilation de la peine de la tentative à celle de l'infraction consommée est la règle; cependant quand il s'agit de crimes passibles de la peine de mort, ou de la maison de force à vie, la peine de la tentative est abaissée d'un degré.

celui qui renferme en lui la violation de la loi, ou même celui qui manifeste la volonté de la violer. L'effort, la tentative simple et nue vers le délit ne doit-elle être punissable qu'autant que le délit lui-même est consommé et réussi? Voilà les questions qui divisent les jurisconsultes, les interprètes, les législateurs, et que nous devons résoudre en remontant aux principes éternels de la justice et de la raison... L'effort vers le délit est punissable eu égard au délit lui-même consommé et réussi. Cette idée posée, je vois déjà la légion des publicistes modernes s'élever contre moi. Selon vos principes mêmes, me diront-ils, le dommage causé à la société est la seule, tout au moins la principale mesure de la gravité du délit. Comment prétendre donc que le délit tenté et non réussi doive être puni de la même peine que le délit tenté et réussi? Le dommage que le second cause à la société n'est-il pas de beaucoup plus considérable que celui qui résulte du premier? — Cette objection ne peut paraître vigoureuse qu'au premier aspect.... L'objet de la peine ne peut être que la sécurité et l'enseignement. Si donc le châtement qui suit le délit n'est destiné qu'à garantir la société de la perfidie du malfaiteur et de détourner les autres d'imiter son exemple, ces deux motifs de la peine se rencontrent dans la volonté de violer la loi, manifestée par un acte défendu par la loi elle-même. L'agent a montré sa perfidie; la société en a reçu le funeste exemple; soit que l'événement qui répond à l'attentat se réalise, soit qu'il ne se réalise pas, ces deux motifs de punir existent également. La même cause doit donc produire le même effet, et cet effet est l'égalité de la peine... Bien plus, le délit n'est autre chose que la violation d'un pacte. A mesure que le pacte est plus gravement violé, il devient plus précieux à la société; la peine doit donc être plus élevée, parce qu'on a un plus puissant motif de craindre le malfaiteur, et de même un plus grand intérêt à éloigner d'autres coupables. Mais, dans notre hypothèse, le pacte est violé, encore même que l'effet de l'action ne réponde pas au dessein de l'infracteur. La peine, par conséquent, doit-être celle-là même qu'il aurait encourue s'il avait atteint le but ¹. »

¹ *L'istessa causa deve dunque produrre l'istesso effetto, e quest' effetto è 'uguaglianza della pena..... La pena dunque dev' esser quell' istessa che meritata avrebbe, se avesse conseguito il fine.* (Filangieri, op. cit., t. V, part. II, c. 37, p. 103, 108-110.)

Cet énergique sentiment de l'un des plus illustres maîtres de la science a trouvé peu d'écho, il faut le reconnaître, en ce qui concerne la *tentative fortuitement suspendue*. Nous ne refusons pas d'apprécier ce qu'ont de grave les raisons sur lesquelles repose l'opinion contraire et presque unanimement admise : à l'acte consommé, dit-on, son châtement ; à la tentative, sa peine proportionnelle ; de même que la tentative n'est pas arrivée au terme, de même la peine qu'elle a encourue ne doit pas être celle réservée pour le terme, pour l'acte achevé. — Toutefois nous osons, à notre tour, protester contre cette opinion générale, quel que soit notre isolement, si l'on peut se dire isolé quand on s'appuie, dans la doctrine, sur l'autorité de Filangieri, dans la législation, sur la loi française et sur le principe même adopté par une grande fraction de la famille allemande. Lorsque le moment sera venu, nous critiquerons librement le langage peu juridique de notre Code ; mais, relativement à la pénalité, nous croyons qu'il s'est inspiré des vrais principes ; si nous pouvions développer ici la théorie complète de la *tentative*, en nous servant de l'exposition même de Romagnosi et de l'ingénieux système du *conato*, habilement mis en relief par M. Carrara, nous établirions qu'au point de vue de l'agent, de son intention, du péril, du dommage social, aucune différence ne sépare la *tentative fortuitement suspendue* du *méfait consommé*. Le dommage ne fait défaut que dans le sens étroit de ce mot ; l'agent a interrompu son action avant d'atteindre le résultat matériel ; mais qu'est-ce aux yeux de la loi, si la culpabilité se prouve en dehors du dommage qui, en droit, n'a de prix que comme fait révélateur de cette culpabilité même ? Tel crime achevé ne paraît-il pas quelquefois mériter un moindre châtement qu'un autre crime, de même espèce, dont l'exécution a été fortuitement suspendue ? N'est-il pas vrai qu'après avoir couvert jusqu'à un instant déterminé la marche vers le mal de l'impunité la plus complète, il arrive un moment où, sinon quant à l'analyse juridique, du moins quant à l'appréciation pénale, on est conduit à placer sous le poids d'une égale répression diverses situations que distinguent seulement des différences matérielles, postérieures à l'entière formation de la criminalité légale ?

Lors de la discussion de la loi du 28 avril 1832, un amendement fut présenté à la Chambre des députés par MM. Persil et

de Larochevoucauld, pour demander que la tentative fût réprimée de la peine immédiatement inférieure à celle fixée pour le crime achevé. Cet amendement fut repoussé. Le système des circonstances atténuantes, organisé par cette loi, fournit à la Chambre un argument qui se présente volontiers à l'esprit et qui, en fait, paraît sérieux ; mais on ne peut s'en préoccuper, lorsqu'on examine la question, non en vue de tel ou tel individu, mais d'une manière générale et abstraite. Que souvent on soit conduit à accorder le bénéfice des circonstances atténuantes à l'homme qui a commis une tentative, nous le comprenons ; mais qu'en principe on ne défende pas le droit par des considérations de fait, très-importantes dans les applications spéciales, mais sans valeur sous le rapport juridique. Nous le pensons d'autant plus qu'il est des cas où une raison droite et ferme est disposée, eu égard aux circonstances, à punir telle tentative déterminée avec une énergie égale à celle qu'exige le méfait consommé.

43. Quant à la pénalité applicable au *méfait manqué*, de semblables considérations sont produites de part et d'autre, avec moins de force toutefois dans le sens que nous avons combattu, avec plus d'énergie en faveur de l'opinion de notre législateur. On se fonde, pour demander que le méfait manqué soit atteint d'une peine moindre que le méfait consommé, sur l'absence de dommage, sur la distinction que fait l'opinion publique entre les deux situations, même sur ce que, dit-on, le remords est moins cuisant dans la conscience du coupable selon qu'il est placé dans un cas plutôt que dans l'autre.

C'est là, nous paraît-il, une opinion inexacte. La société a autant d'intérêt à punir le méfait manqué que le méfait consommé. L'élément dommageable s'est produit par le péril qu'il y a eu lieu de redouter ; et si le monde, trop souvent matérialiste dans ses appréciations, considère comme très-distinctes l'une et l'autre situations, sans voir par quels importants côtés elles se confondent, le criminaliste plus éclairé ne peut s'y méprendre. *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. — Quant au remords, il peut être moins vif, dans un cas que dans l'autre, chez le coupable qui écoute d'une oreille de quelque manière indifférente les reproches de la conscience ; mais la douleur du repentir n'est-elle pas aussi intense, dans les deux

cas, chez celui qui, ramené à l'idée du bien, gémit sincèrement sur sa perversité passée?

« Que l'agent profite dans une certaine mesure, dit Rossi, de la bonne fortune qui a protégé la victime. » — S'il est très-heureux, répondrons-nous, que la victime ait profité du hasard, est-il juste aussi qu'il en profite celui qui a tout fait pour le déjouer, qui n'a rien négligé pour réussir? Comment le judiciaire esprit dont nous venons de citer les paroles ne l'a-t-il pas reconnu? Il est, sans doute, des cas où les conséquences du hasard aggravent la position du coupable : ainsi lorsque les coups et blessures volontaires ont occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours ou la mort sans intention de la donner (art. 309 C. pén.); ainsi, quand la mort a suivi le crime de castration (art. 316), etc. Dirait-on, par un raisonnement analogue, que le hasard, aggravant quelquefois la culpabilité, doit aussi pouvoir l'atténuer? Il nous paraît que ce serait là une erreur. Que le hasard (si tant est qu'il convienne ici d'employer ce mot) puisse ajouter à la situation de l'agent, on le comprend, parce que dans les diverses circonstances où cela a lieu, il s'agit d'un hasard tout spécial qui, à vrai dire, mériterait une autre appellation; car il découle, d'une manière certaine, quoique inattendue, d'un acte volontaire; et cette conséquence imprévue n'est évidemment imputable à l'agent que par la raison qu'il est la cause responsable des suites advenues. Cela est si exact que, lorsqu'une autre cause, en dehors de lui, peut expliquer les conséquences qui aggravent la situation, la justice ne lui en demande certes pas compte. — Le hasard, au contraire, que l'on voudrait faire contribuer à atténuer la position de l'agent, est un événement fortuit qui lui est complètement étranger et qui ne se produit même que malgré lui. Aucune analogie ne peut donc être établie entre les deux termes de comparaison. La loi française l'a dit implicitement par l'article 2; c'est l'empire de ce texte qui nous régit; en dehors des articles 138 et 247 du Code pénal, nous remarquons une exception, relativement à la pénalité, dans l'article 16 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer : s'il y a eu homicide, cette dernière disposition édicte la mort contre celui qui a volontairement détruit, dérangé la voie ferrée ou fait dérailler un convoi; les travaux forcés à temps, s'il n'y a eu que blessures; la reclusion seulement, si aucun mal n'a été occasionné.

Dans le méfait manqué, l'agent a commis le crime autant qu'il pouvait le commettre, disait Treilhard au Conseil d'État; *il a dès lors encouru la peine prononcée contre le crime*¹. C'est justifier pleinement l'assimilation résultant de l'article 2 du Code pénal. Si, en effet, le jurisconsulte doit se montrer très-difficile, avant d'admettre la preuve de la criminalité et de déclarer cette criminalité punissable, il ne saurait être impressionné par l'événement fortuit qui a empêché d'atteindre le but, ni méconnaître pour ce motif une culpabilité qu'il a constatée et à laquelle il ne manque rien de la part de l'agent. Pour celui-ci le crime est parachevé. Nous dirons assez dans quels cas le hasard lui profite, en l'empêchant, à son insu et comme malgré lui, d'être le criminel qu'il croit être. — Mais il ne faut point, par la modification législative de la peine, que dans l'esprit de l'agent se glisse, au milieu d'autres considérations, cette pensée, quelque vague qu'on la suppose, qu'il peut avancer, chercher à réaliser tous ses projets, et qu'après la perpétration de sa volonté, il lui reste encore une chance, serait-ce un seule sur un million, celle de manquer le but et de conquérir de la sorte un titre à l'indulgence de la loi. Que dire si l'atténuation de la peine faisait naître cette idée dans le cœur d'un seul coupable ?

Il est vrai de remarquer que les hommes ont moins d'horreur pour les mains qui ne sont pas souillées de sang que pour celles qui s'y sont trempées. Mais est-ce dans cette impression toute physique, observent avec raison MM. Faustin Hélie et Chauveau, que la loi doit puiser les règles de la répression ? Ce qu'elle doit apprécier, c'est la criminalité telle qu'elle est révélée par les faits ; ce qui doit la déterminer à échelonner ses peines, ce sont les nuances diverses de l'immoralité qui accompagne chaque action criminelle.

S'il y a presque unanimité pour appliquer à la *tentative* une peine moindre qu'au *méfait consommé*, le même accord n'existe pas pour blâmer l'assimilation en ce qui regarde le *méfait manqué*. — Beaucoup de criminalistes et plusieurs législations, il est vrai, après avoir établi une peine inférieure de deux degrés pour la tentative, en fixent une inférieure d'un degré pour le méfait manqué. Toutefois, certains jurisconsultes qui repoussent l'assimilation quant à la tentative, approuvent

¹ V. Loçré, t. XXIX, p. 202.

pour le méfait manqué la doctrine qui résulte de notre Code pénal¹. C'est là, ce semble, une contradiction qui vient au soutien de notre opinion ; car si le hasard leur paraît ne pas devoir, quant au *méfait manqué*, profiter à l'agent, ils devraient aussi penser qu'il ne peut modifier sa situation légale relativement à la *tentative fortuitement suspendue*, la possibilité encore subsistante d'un désistement volontaire dans cette situation, méritant d'ailleurs d'être taxée d'hypothèse imaginaire, invraisemblable et chimérique, si même on consent un instant à l'examiner. Aussi trouvons-nous plus logiques, quoique plus complètement contraires à notre sentiment, ceux qui établissent au-dessous du châtiment du méfait consommé, une peine graduée aussi bien pour la tentative que pour le méfait manqué, la peine par exemple dont nous parlions, inférieure dans le premier cas de deux degrés, dans le second, d'un seul².

44. Il faut indiquer maintenant quelles conditions sont nécessaires pour constituer soit la *tentative fortuitement suspendue*, soit le *méfait manqué*.

Préoccupons-nous, en premier lieu, de la *tentative*.

Nous avons dit en quelques mots ce qu'elle était. Elle se produit dans la vie de l'action criminelle après l'*attentat* qui suit l'*acte préparatoire*. Elle se distingue de cette dernière phase d'une manière profonde ; l'esprit s'en rend aisément compte. Elle diffère de l'*attentat* en ceci que dans l'*attentat* il suffit que l'agent soit sur le point de commettre un acte proche de l'exécution, tandis que dans la *tentative* cet acte doit être accompli et non pas en voie de l'être ; l'*attentat*, en effet, n'est encore qu'une *tentative de tentative*. Enfin elle diffère du *méfait manqué* en ce que, dans cette dernière phase, la série des actes est complète et que l'effet seul n'est pas advenu, tandis que dans la *tentative*, ce n'est pas seulement l'effet qui manque, mais encore l'acte suprême dont l'événement fortuit a suspendu l'exécution. Voilà en quoi la tentative se distingue des princi-

¹ V. MM. Faustin Hélie et Chauveau, t. I, p. 352 et s. — Trébutien, t. I, p. 104.

² V. Feuerbach, ouvr. déj. cit., t. II, p. 307. — Mittermaier, *Journ. crit. de législ.*, t. IV, p. 131. — Weber, *Arch. du dr. crim.* — Bauer, *Motifs du pr. de C. pén. du Hanovre*. — Haus, *Observ. sur le pr. de C. pén. belge*, t. I, p. 64 à 82. — Rossi, ouvr. déj. cit., etc.

paux autres degrés du crime; disons sommairement en quoi elle doit consister par elle-même.

45. Pour qu'il y ait *tentative fortuitement suspendue*, c'est-à-dire punissable, il faut qu'il y ait, outre l'intention coupable, effort vers un but réprimé par la loi; — que les actes commis se dirigent nettement du côté du terme, dont la crainte constitue l'idée de péril; — que ces actes soient extérieurs; — qu'ils constituent le commencement d'exécution; — enfin que la pénétration même ne soit suspendue que par une circonstance fortuite indépendante de la volonté de l'auteur. De ces éléments combinés résulte la *tentative*. Le défaut d'un seul, d'intention ou de terme punissable, de danger causé par les actes commis, de faits extérieurs de commencement d'exécution ou d'empêchement accidentel, s'oppose formellement à ce qu'il y ait tentative, soit pour des motifs généraux de criminalité, soit pour des motifs spéciaux en cette matière.

46. A. L'intention doit être *directe*. La tentative d'un délit non expressément voulu serait un contre-sens juridique.

Est-il nécessaire aussi qu'elle soit *parfaite* dans le sens des théoriciens, c'est-à-dire faut-il déclarer qu'elle est à l'abri de toute répression dans les méfaits *d'empchement*? C'est ce que pensent Nani¹, Carmignani², Giuliani³, Puccioni⁴. — Romagnosi⁵ montre aussi, dit-on, qu'il partage cet avis, en définissant le méfait manqué *une exécution raisonnée*. Il montre clairement, ajoute M. Carrara, qu'il suppose le calme de la réflexion non admissible dans l'état de colère. *Nihil interest inter iratum et insanum nisi dies... Ira furor brevis*.

Il nous paraît d'abord que l'on ne peut conclure de cette seule définition de Romagnosi qu'il se range à l'opinion que défendent M. Carrara et les auteurs précités. Sur quels fondements repose d'ailleurs ce sentiment?

Dans les actes *froidement* prémédités, observe-t-on, dans les actes délibérés, dans les actes de résolution instantanée non

¹ *Principj. di giurispr. crim.*, § 108.

² *Elem. jur. crim.*, lib. I, § 231.

³ *Istituzioni di dir. crim.*, lib. I, c. 5, § 1.

⁴ *Saggio di dir. pen.*, lib. I, tit. 7, p. 82.

⁵ *Op. cit.*, § 694. — V. M. Carrara, *op. cit.*, p. 16 et s.

Cette question se reproduit, comme plusieurs autres, pour le méfait manqué. Le développement actuel s'applique, à *fortiori*, à cette phase.

excitée par l'élan d'une passion aveugle, il n'y a pas de motif d'exclure la tentative, parce que la volonté à laquelle a concouru le temps pour réfléchir ou le calme de l'esprit pour calculer peut bien ordonner une série d'opérations vers un but déterminé et explicitement prévu. — Quand il a manqué à l'agent l'intervalle de temps pour délibérer et le calme pour calculer les conséquences des actes auxquels il se livre, on soutient que la notion de la tentative ne peut trouver son application. Juridiquement, dit-on, il y a bien l'élément moral de la tentative d'un méfait, dès qu'on a l'intention de l'accomplir; mais psychologiquement on nie qu'à une âme agitée par de violentes passions puisse être attribuée, dans une résolution instantanée, une volonté directe vers un résultat différent de celui qui a été atteint. La passion enlève la lucidité de l'intelligence. La rapidité de l'action empêche de calculer. En un mot, la distinction entre un acte entrepris comme *moyen* et un effet voulu comme *terme* implique un raisonnement qui n'est pas compatible avec l'état de l'âme troublée par une passion instantanée. L'homme irrité frappe pour frapper; il ne pense pas à la mort de son ennemi; ou, si cette idée lui vient à la pensée, elle ne lui apparaît pas comme un effet qu'absolument il veuille atteindre. Dans de telles conditions l'événement doit être la mesure de l'imputation, parce que là seulement la justice trouve une certitude d'appréciation. Quiconque a observé les actes d'un homme agité par un grand courroux et par une profonde terreur, qui l'a vu détruire des objets précieux, parfois même les plus chers, porter la main sur une personne tendrement aimée, se frapper lui-même, reconnaîtra que dans une telle situation est impossible le calcul qui prépare vers un but déterminé les mouvements du corps. On peut des actes externes conclure la volonté de l'homme qui raisonne; mais quant à l'homme qui ne raisonne pas, ce critérium est trompeur.

Il est à cette argumentation de M. Carrara et des défenseurs de la même opinion une réponse qui nous paraît victorieuse; elle a été prévue, combattue, mais non juridiquement écartée. Évidemment il ne peut y avoir tentative punissable sans intention coupable, pas plus que sans cet élément moral indispensable il n'y a de fait consommé qui puisse être atteint. Quand l'homme irrité tue, on lui impute un homicide volontaire; on

admet donc en lui, malgré son état de colère, la volonté de tuer; si l'on admet cette volonté quand l'effet suit, pourquoi ne pas l'admettre quand l'effet ne suit pas? Vainement dit-on que l'événement fixe, d'une manière plus nette, la volonté de l'agent; c'est là un cercle vicieux; si l'intention n'est pas établie, si l'agent n'a pas été libre, s'il a été sous la pression d'une force à laquelle il n'a pu résister, le méfait achevé ne sera pas réprimé, la tentative ne le sera pas davantage; il faut, dans l'un comme dans l'autre cas, que la preuve de l'intention soit faite. Or, dans la situation qui nous occupe, cette preuve n'est pas plus difficile que pour la tentative réfléchie; souvent, en effet, la méditation la plus forte est aussi cachée, si ce n'est plus, que la résolution la plus rapide. Mettre la *tentative fortuitement suspendue* à l'abri de l'application de la loi dans les méfaits d'emportement, c'est s'accuser soi-même d'injustice, si l'on consent à réprimer ces méfaits lorsqu'ils sont consommés; car ce qui les constitue, ce n'est pas le dommage matériel qui est leur fin, mais la volonté qui leur donne naissance et les actes extérieurs qui la manifestent. Pour être logique, il faut affranchir de toute peine les tentatives et les méfaits d'emportement, ou punir, dans ce cas, les tentatives comme le méfait. Les principes sont les mêmes, les conséquences doivent l'être aussi; la doctrine contraire ne se laisse-t-elle pas trop impressionner par la considération du résultat matériel qui, en fait, peut être au plus haut point digne de remarque, mais en droit est indifférente? M. Carrara sent vivement la portée des exemples que lui oppose Roberti, défenseur de l'opinion que nous partageons. Lorsque l'homme irrité jette son ennemi hors de l'ouverture d'un campanile, l'unique effet possible de ce jet est la mort, sauf un miracle. Lorsque l'agent jette du feu dans la cabane de son ennemi pour se venger, l'unique but, qu'il soit irrité ou non, est l'incendie. Et alors si l'ennemi lancé hors du campanile n'était pas tué, si la cabane ne devenait pas la proie des flammes, le coupable trouverait une excuse péremptoire dans son état de colère! ne la trouverait-il pas aussi dans l'état d'ivresse? M. Carrara a compris la gravité de l'objection, et il est forcément amené à excepter de l'application de sa règle le cas où l'acte commis par l'agent irrité n'a qu'un seul effet possible. Cette exception ruine la règle même. Tout revient à dire que dans les méfaits d'empor-

tement, comme dans les autres, la tentative n'est punissable que lorsqu'il y a preuve juridique de l'intention criminelle. Mais en vérité c'est là, dans notre droit pénal, un axiome élémentaire qu'il est à peine besoin d'énoncer.

Notre réponse à l'argumentation de M. Carrara est encore plus sensible, appliquée au cas du *méfait manqué*; or nous ne doutons pas que le système dont nous avons essayé de présenter la réfutation, ne s'étende à ce cas : les diverses précisions que nous avons relevées ne l'établiraient-elles pas, qu'il suffirait de rappeler l'insistance faite, pour s'attacher Romagnosi, sur la définition donnée du *méfait manqué* par ce grand jurisconsulte. Relativement à ce point, l'erreur devient on ne peut plus manifeste.

47. B. Pour qu'il y ait *tentative*, il faut, en outre, non-seulement qu'il y ait effort vers un terme qui soit une infraction punissable, ce qui est évident, mais encore que l'idée du *péril* soit concomitante de la série des actes accomplis, le *péril* tenant, en matière de tentative, lieu de *dommage immédiat*. Or il n'y a péril légalement appréciable que lorsque les actes perpétrés atteignent une certaine phase, lorsqu'ils conduisent utilement l'agent vers le but qu'il veut atteindre et qu'ils offrent le caractère d'*univocità*, si justement exigé par les criminalistes.

48. C. Ainsi que nous l'avons déjà dit, des actes quelconques tendant vers un but coupable ne suffisent pas pour constituer la *tentative*; il faut *des actes extérieurs de commencement d'exécution*. Soit par des précisions spéciales, soit par la comparaison des phases entre elles, nous avons indiqué, d'une manière abstraite, à quel moment se produisent les actes de commencement d'exécution; nous n'y revenons pas, n'ayant qu'à rechercher et constater plus tard dans le champ varié de la pratique, quels sont les cas qui offrent ce caractère. Nous ne voulons pas davantage entrer ici dans les ingénieux développements auxquels nous provoqueraient les attrayants travaux scientifiques écrits sur l'effort, sur ses divers aspects, sur son essence, sur ses modifications, en même temps que sur la *qualité* et la *quantité* qui sont, à vrai dire, les deux modes propres à le mesurer. Malgré la netteté qu'offre à nos yeux cette délicate analyse, nous ne voulons ni paraître ami de la subtilité ni parcourir une voie où les solutions pratiques, objet principal

de nos préoccupations, ne sont préparées que d'une manière éloignée ¹.

Nous ne désirons insister en ce moment sur le commencement d'exécution qu'en nous plaçant dans un ordre d'idées déterminé.

Peut-il y avoir commencement d'exécution et, par suite, tentative punissable, dans le fait d'un homme qui a tout disposé pour qu'un tiers, à l'insu duquel il a agi, cause à autrui ou se cause à lui-même involontairement un dommage criminel réalisable seulement par l'intervention de ce tiers? Un homme prend ses mesures pour que la simple ouverture d'une porte provoque la détente d'une arme à feu sur la personne qui pénétrera par cette issue; ou bien il établit dans le tuyau de cheminée de son voisin des dispositions qui doivent inévitablement occasionner l'incendie de la maison, dès que ce dernier allumera du bois dans le foyer de son appartement. Cet homme a-t-il commis une tentative punissable, si ses actes sont constatés *avant tout événement dommageable, avant l'intervention du tiers*?

C'est une des plus difficiles questions de cette matière, ardue entre toutes celles qu'embrasse le droit criminel. Si le tiers, par un acte purement matériel émané de lui, se donne la mort ou met en feu sa maison, on s'accorde généralement à reconnaître que l'agent a commis soit un assassinat, soit un incendie; et par suite il semble *a priori* qu'il faut déclarer *tentative punissable* l'acte de l'agent, non suivi d'effet, puisque, sans qu'il intervienne de nouveau, il peut se commettre un crime dont l'imputabilité lui incombe. Mais examinons de plus près.

Il y a bien un sujet et un objet, une intention criminelle et pour but une infraction punissable; il y a bien aussi un péril concomitant de l'acte accompli; mais y a-t-il fait extérieur de *commencement d'exécution*, et la perpétration a-t-elle été *suspendue* par *des circonstances fortuites indépendantes de la volonté de l'auteur*? C'est sur ces deux points que porte la difficulté à résoudre.

Et d'abord les faits que nous avons indiqués constituent-ils le commencement d'exécution? Evidemment non: s'ils ne sont

¹ V. notamment M. Fr. Carrara, *Lezioni sul grado*, etc., p. 48 et s.; *Programma*, p. 114 et s.

pas des actes préparatoires, ils expriment tout au plus l'*attentat*, phase intermédiaire entre le *préparatif impuni* et la *tentative punissable*. Il n'y a pas, en effet, après la préparation des moyens, de mise en œuvre ni de commencement de mise en œuvre par l'agent. D'un autre côté, la tentative n'a pas été suspendue, en réalité, par une circonstance fortuite, indépendante de la volonté de l'auteur, puisque le mal ne s'étant pas produit, l'agent pouvait encore renoncer spontanément à son projet, détruire ses préparatifs et empêcher ainsi l'événement. Dans notre hypothèse, il n'y a donc pas tentative punissable, à cause de l'absence de ces deux éléments qui en sont les conditions indispensables.

Aussi ne pouvons-nous nous associer à la doctrine opposée, sanctionnée le 20 juillet 1861, par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹. Est-il nécessaire de dire que le point de vue moral ne saurait, en aucune manière, nous servir de guide; que malheureusement, comme nous l'avons suffisamment exposé, la loi ne peut réprimer toutes les mauvaises actions; que le regret de l'impunité dans ce cas existe forcément dans bien d'autres, et que nous n'avons qu'à puiser nos motifs dans l'enseignement scientifique, rapproché des dispositions législatives?

Nous venons d'indiquer sommairement les raisons qui ne permettent pas de reconnaître aux faits que nous considérons le caractère de tentative punissable. Quels sont les moyens sur lesquels se fonde la Cour suprême pour arriver à la solution inverse? Nous interrogerons à cet égard l'arrêt notable du 20 juillet 1861, bien que nous nous soyons imposé l'obligation de ne pas traiter ici de la jurisprudence, qui sera plus loin l'objet de notre examen.

Dans l'intention avouée de brûler une maison à elle appartenant et louée aux époux Poinot, Anne Roblot, femme de Jacques Vilmenot, pratiqua, le 8 avril 1861, dans la cheminée du four de cette maison, une ouverture à 1 mètre 30 centimètres au-dessus du foyer et à 30 centimètres au-dessous de la toiture en chaume, et elle y introduisit un fagot de paille dont l'une des extrémités plongeait dans la cheminée, tandis que l'autre ve-

¹ B. de la Cour de cass., aff. Anne Roblot, ép. Vilmenot, v. 56, n° 160, p. 279.

nait se réunir au chaume de la couverture, de manière que le feu y prit dès que la femme Poinsoit chaufferait son four.

L'espèce est assurément aussi favorable que possible à l'opinion que nous sommes mécontent d'avoir à combattre en droit. Si la femme Poinsoit avait allumé le four et que le feu se fût communiqué à la maison, nous comprenons que la femme Vilmenot eût pu être poursuivie à raison du crime d'incendie volontaire, et nous ne croyons pas, en exprimant cet avis, commettre une inconséquence. Dans le cas de l'événement, en effet, sans parler de l'existence certaine du sujet, de l'objet, du péril trop justement redouté, de l'intention criminelle incontestable, quelle est la part qui eût incombé à la femme Vilmenot relativement à la réalisation matérielle du méfait? Elle avait tout préparé pour qu'il advint : suppléant, en quelque sorte, à son activité propre à l'aide de celle de sa voisine, elle s'était comme approprié, en lui imprimant personnellement un caractère criminel, l'acte indifférent en apparence, résultant du concours d'une main étrangère. Avant que la femme Poinsoit n'allumât le four, il n'y avait qu'*attentat*, sinon même *simple acte préparatoire*; mais de cela seul, si elle l'eût allumé, que la femme Vilmenot l'aurait, à son insu, contrainte à servir son dessein coupable, à la femme Vilmenot eût remonté la responsabilité pénale d'un fait que d'inoffensif, elle eût par anticipation, rendu criminel; alors il y aurait eu commencement, plus que commencement d'exécution, et cette exécution, sans motiver aucune sorte d'imputabilité contre la femme Poinsoit, fût retombée avec toute sa gravité sur la tête de la femme Vilmenot dans l'intérêt coupable de laquelle le feu eût été allumé. Quelque chose de semblable, sans méconnaître la nuance, ne se présente-t-il pas lorsque la main inexpérimentée et innocente d'un enfant trace l'écrit dont le faussaire ne veut pas être lui-même l'auteur matériel? Lorsque l'événement se réalise, on voit donc sur quels motifs solides repose, à nos yeux, la culpabilité de l'agent.

Nous allons encore plus loin. Si la femme Poinsoit eût allumé le feu et que, par une circonstance toute fortuite, le dessein de la femme Vilmenot ne se fût pas accompli, nous disons qu'il y aurait eu la tentative punissable, parce que nous aurions rencontré l'accident indépendant de l'auteur et ce même com-

mencement d'exécution qui, sous le masque apparent de l'acte d'un tiers, eût été l'œuvre de l'agent.

Telle serait notre pensée dans toutes les espèces semblables; mais, nous le répétons, c'est à cause du concours du commencement d'exécution et de l'événement fortuit. Ce point posé, revenons à notre question elle-même, relative au seul agencement des moyens sans mise en œuvre de la part de personne.

Dans notre exemple, la chambre des mises en accusation de la Cour impériale de Dijon, par arrêt du 27 juin 1861, déclara n'y avoir lieu de suivre contre la femme Vilmenot, en se basant sur ce que, d'une part, l'élément matériel du crime d'incendie consiste à mettre le feu ou à disposer le feu de telle sorte qu'il puisse produire son effet naturel en communiquant avec les objets que l'on se propose de brûler, et sur ce que, d'un autre côté, les faits imputés à la prévenue étaient seulement des actes préparatoires ne constituant pas le commencement d'exécution, sans lequel il ne peut y avoir de tentative punissable.Opinion vraiment doctrinale et juridique, ce semble, que la Cour régulatrice qui a cassé cet arrêt, combat par les considérations suivantes :

« Attendu que l'individu qui a tout préparé et disposé pour qu'au moment donné le feu prenne nécessairement, soit de lui-même, soit par le concours innocent d'une main étrangère, n'est pas moins coupable que celui qui allume personnellement et directement le feu;—Attendu que des faits reconnus au procès il résulte que l'action criminelle, préméditée par la femme Vilmenot, avait reçu toute la suite dont elle était susceptible de son fait; qu'elle n'avait plus, pour assurer la consommation du crime, rien à ajouter aux dispositions prises pour introduire d'une manière fatale et presque inévitablement l'incendie de sa maison; que ce qui pouvait rester d'éventuel et d'incertain dans l'événement ne dépendait plus d'elle; qu'en conséquence, loin qu'un tel ensemble de circonstances ne présente pas les éléments constitutifs de la tentative, soit le commencement d'exécution, il constitue l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait relever de la résolution et du fait de la prévenue;—Attendu que cette résolution s'étant montrée persévérante jusqu'à la fin, la tentative ci-dessus n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. D'où il suit, etc..... »

Nous observerons respectueusement que nous croyons voir dans cet arrêt une application discutable des principes. — Comment la Cour de cassation dit-elle qu'il y a *exécution* dans l'espèce? Il n'y a pas même, nous paraît-il, le commencement d'exécution exigé par la loi; car si les choses restaient en l'état, aucun mal ne serait à craindre, et l'événement ne peut se produire que par un fait nouveau qui seul est de nature à constituer le commencement d'exécution, les dispositions prises par l'agent n'étant que des actes préparatoires. Peu importe la considération que le fait nécessaire pour l'exécution doive être accompli en dehors de l'auteur; car que ce fait soit ou non perpétré matériellement par l'agent, de cela seul qu'on le regarde comme indispensable pour le crime et que dans la crainte de son accomplissement réside le danger, on reconnaît que le principe de l'exécution est renfermé dans ce fait. Cela est si vrai que, si l'agent avait préparé le méfait comme nous le supposons et qu'il dût le continuer lui-même, ces préparatifs ne nous paraîtraient mériter aucune peine. C'est dire qu'ils ne constituent donc aucune infraction punissable; ils n'atteignent ce degré qu'après l'accomplissement réussi ou non réussi du fait destiné à mettre en mouvement les moyens préparés. D'un autre côté, il n'est pas, ce semble, juridique de déclarer que la résolution s'est *montrée persévérante jusqu'à la fin* et que la tentative n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites indépendantes de la volonté de son auteur; car y aurait-il commencement d'exécution, ce qui ne semble point être, il faudrait que la volonté eût persévéré jusqu'au moment où l'empêchement se produit; or, si l'on n'avait pas remarqué les préparatifs, l'agent aurait eu le temps de les détruire, le moment du crime pouvant encore être éloigné; le désistement volontaire, qui aux yeux de la loi efface toute culpabilité aurait pu intervenir; la découverte des préparatifs, en l'absence de toute mise en œuvre, n'est par conséquent pas ce que la loi entend par les circonstances étrangères à la volonté de l'auteur. Tels sont les motifs de notre opinion, pour la défense de laquelle nous nous sommes permis de lutter, en droit, contre un monument judiciaire que nous louons au point de vue *moral*.

49. D. L'examen de cette question nous conduit naturellement à l'étude d'une autre fort intéressante aussi.

Car la dernière condition pour qu'il y ait tentative punissable,

c'est que l'interruption provienne d'une cause indépendante de la volonté de l'agent, puisqu'il n'y a pas de crime quand le désistement est volontaire. Mais combien il est souvent difficile de décider si la suspension résulte de la spontanéité de l'agent ou de la force des circonstances ! Si nous avons manifesté le désir de voir la tentative volontairement suspendue par l'agent punie d'un châtement inférieur de plusieurs degrés à celui du méfait consommé, nous croyons qu'il faut être très-large, au point de vue légal, pour l'admission de ce désistement. La justice ne demande pas compte à l'agent du motif; qu'il soit inspiré par le retour aux saines notions morales, par le cri de la conscience ou qu'il le soit par de viles considérations, nous estimons qu'il faut, en général, le regarder s'il est volontaire, comme une renonciation personnelle devant laquelle s'arrête l'action de la loi ¹. Mais la difficulté devient bien autrement délicate quand c'est un fait extérieur qui, sans être un obstacle infranchissable à l'accomplissement du crime, influe sur la volonté pour provoquer le désistement. Dans ce concours de l'événement accidentel et du retrait de l'intention, où sera en réalité l'empêchement qui a fait que l'infraction ne s'est pas perpétrée? Sera-t-il principalement dans la volonté de l'agent ou dans la circonstance fortuite? Cette circonstance, non suffisante par elle-même pour faire échouer le crime, a-t-elle été l'occasion ou la cause moralement dominante du désistement? Dans quelle mesure s'est exercée cette action souveraine de l'événement sur la volonté? Y a-t-il un degré auquel cette domination enlève au désistement le mérite réparateur que lui reconnaît la loi? Si ce degré existe, quel est-il?

Nous disons d'abord qu'il n'est pas nécessaire que ce désistement de l'agent soit *spontané*, en ce sens qu'il est méritoire, alors même qu'il s'est produit à la vue d'un fait, indifférent d'ailleurs à la marche du crime pour la consommation duquel il n'est pas un obstacle. Mais si la volonté du renonçant n'a pas été libre, si le désistement doit être forcément attribué à une cause capable, dans les mêmes circonstances, de faire reculer tout homme doué d'une énergie commune, si le défaut de désistement eût mis en danger la vie de l'agent ou, à son escient, l'eût inévitablement livré aux mains de la justice, nous déclai-

¹ V. MM. Rauter, t. I, n° 104. — Ortolan, n° 991. — Bertauld, p. 230.

rons que le désistement ne saurait profiter à l'auteur du méfait. En un mot, toutes les fois que la renonciation a une cause mixte, nous pensons qu'il y a désistement méritoire s'il découle principalement de la volonté qui, chez un homme ordinaire, eût pu persévérer, — et qu'il y a désistement non méritoire, c'est-à-dire obstacle fortuit, indépendant de la volonté de l'agent, si c'est à l'accident imprévu qu'il faut *nécessairement* attribuer la défaite d'une volonté arrêtée comme malgré elle. Celui qui retient son bras, subitement touché par les supplications de la victime ou même par la prière d'un tiers, n'a pas commis la tentative punissable ; mais il l'a commise celui qui, au moment où il lance le coup mortel, est effrayé par deux canons de fusil que dirigent à l'improviste sur sa tête des amis de la victime¹, — ou qui, à l'instant où il présente à celle-ci le breuvage empoisonné, écarte la coupe, sous la menace formelle, proférée par un tiers à son oreille, que la justice va être appelée pour le saisir. — Dans le premier cas, l'événement imprévu n'a été que l'occasion de la renonciation ; dans le second, il en a été la cause dominatrice ; — dans les premiers, tout criminel pourrait persévérer ; dans les seconds, il n'y a pas un homme doué d'une énergie commune qui ne reculât.

Cette question, par l'étude qu'elle comporte, nous ramènerait, sans quitter le champ de la vie pratique, dans les profondeurs de la psychologie. Nous résistons à cette puissante tentation, nous bornant à indiquer ce *criterium* comme étant, à nos yeux, le moyen de résoudre la difficulté, et observant d'ailleurs, sur ce point comme en tous ceux de notre matière, qu'au juge du fait appartient seul la périlleuse, mais attrayante mission de mesurer l'influence plus ou moins forte subie par la volonté. M. Carrara apprécie la question dans les termes qui suivent : « Les causes fortuites qui peuvent empêcher la réussite du méfait sont de deux sortes : *morales et physiques*. Les causes *physiques* sont celles qui ont arrêté *matériellement* le bras du malfaiteur, ou qui, en s'interposant entre le sujet actif et le sujet passif, ont empêché le résultat criminel. Les causes *morales* sont celles

¹ V. arr. de la Cour de Paris du 28 juillet 1848, aff. Chirance ; D., P., 49, 2, 166. V. l'obs. — Dans l'espèce de cet arrêt, nous réservons notre sentiment touchant la question de savoir s'il y avait eu commencement d'exécution.

qui ont agi sur la volonté du coupable et l'ont contraint, contre son désir, à interrompre le cours de ses opérations. Les unes et les autres sont filles d'un *accident* que la loi considère comme *indépendant de la volonté de l'auteur*¹. — C'est une délicate solution de la difficulté.

Pour apprécier le caractère volontaire ou forcé du désistement, la difficulté peut venir notamment encore d'un autre côté. Le fait seul d'une suspension dans l'exécution du crime n'est pas le signe de l'abandon du projet. L'homme qui s'est introduit dans un appartement pour commettre un vol a entendu du bruit; il a cru à l'approche de quelqu'un et il s'est caché dans un réduit, après avoir fracturé le coffre renfermant l'argent qu'il veut soustraire. Voilà deux, trois, quatre heures qu'il s'est tapi dans un coin : il est évident qu'il a accompli la tentative punissable; aucun doute n'est possible à cet égard, quel que soit le changement qui a pu s'opérer dans sa volonté. — Mais, dit-on, s'il a cru à une intervention sans motif aucun, si le bruit qu'il s'est figuré entendre était purement imaginaire, et qu'en l'absence de tout événement fortuit réel, il se soit caché, pris d'une frayeur subite, qu'il se soit désisté de tout projet et qu'il soit surpris se disposant, non à continuer le méfait, comme il le pourrait, mais à fuir, y a-t-il tentative punissable? — *Quant à lui*, il est arrivé, répondons-nous, une circonstance indépendante de sa volonté, et cette circonstance, vraie ou fausse, imaginaire ou réelle, l'a conduit à suspendre l'exécution de son crime : il tombe donc sous l'application de l'article 2. — Aussi croyons-nous, d'une manière générale, que, de ce côté, la difficulté à résoudre est moins grave. Notre appréciation se résumerait ainsi : la suspension s'est produite soit avant, soit après le commencement d'exécution; si c'est avant, pas de méfait; si c'est après, tentative certaine de méfait, tentative punissable, lorsque la suspension est causée par un événement fortuit, quelle que soit l'influence exercée postérieurement sur la volonté par cet événement. Après la suspension, que l'agent cherche ou à continuer l'exécution ou à fuir, peu importe; car la cause fortuite de la suspension a constitué la tentative légale, abstraction faite de tout retour ultérieur vers le bien ou de toute persévérance dans le mal.

¹ *Op. cit.*, p. 50 et s.

§ 2.

50. Voilà suffisamment indiquées les conditions de l'accomplissement desquelles résulte la *tentative punissable*. Passons à l'examen des éléments constitutifs de la phase suivante que nous avons déjà précisée, *du méfait manqué*. En parlant de la *tentative*, nous avons dit en quoi le *crime manqué* en diffère, ainsi que les caractères par lesquels il se distingue des degrés antérieurs.

L'infraction manquée peut s'offrir sous trois aspects très-distincts : ou bien l'objet du crime existe, il est possible de l'atteindre, et les moyens employés dans ce but sont appropriés à la fin poursuivie ; mais un accident, une circonstance non prévue, une intervention inopinée empêchent la consommation ; — ou bien l'objet du crime existe et peut être atteint, mais les moyens employés, que l'agent croit propres à le faire arriver à l'objet, ne le sont pas ; — ou bien les moyens dont il use sont ceux qui, s'il était possible, toucheraient le but, mais l'objet auquel il croit pouvoir parvenir, ou n'existe pas, ou échappe forcément à toute atteinte en raison de sa situation vis-à-vis de l'agent. — Dans ces trois hypothèses rentrent tous les cas imaginables de méfait manqué.

51. 1° Dans la première, le méfait est évidemment punissable ; car le crime était possible ; l'élément matériel ou objectif était complètement réalisable ; l'élément moral ou subjectif était entier, et les moyens étaient réellement efficaces. Une circonstance tout accidentelle a rendu vains les efforts de l'agent, sans détruire les conditions constitutives de la criminalité. Alors se présente vraiment le *méfait manqué* dans le sens légal du mot, le seul *méfait manqué* qu'en général les tribunaux aient à juger.

52. 2° Dans la seconde hypothèse, guidé pendant plusieurs années par des considérations morales que nous croyions reposer sur le droit, nous pensions fermement et nous avons soutenu qu'il y avait lieu à châtement. Nous disions : « Une femme veut empoisonner son mari : elle se présente chez un pharmacien, demande de l'arsenic, reçoit et paye une substance qu'on lui assure être telle. Elle verse dans le breuvage de la victime cet ingrédient, dont elle prévoit déjà le désastreux effet. Elle offre le breuvage à son mari qui l'accepte, et le quitte aussitôt.

Elle écrit à des parents une lettre alarmante, écho des cris d'agonie qu'elle croit entendre ; elle force un secrétaire et y enlève des valeurs, elle fait ses préparatifs de départ et va jusqu'à préparer ses voisins à l'idée de la mort sur laquelle elle compte : elle leur dépeint les douleurs d'entrailles, les intolérables souffrances dont elle est sûre ; elle attribue ce mal à une cause illusoire, mensongère. Ou bien, supposons-le, elle avoue son crime. Il y a deux, trois heures qu'elle a laissé son mari seul : on accourt ; on le trouve calme, sans souffrance, dans la même situation qu'avant l'absorption du breuvage ; car il est arrivé qu'au lieu d'arsenic, la femme a reçu et versé une poudre inoffensive. La société laisserait-elle, disions-nous, ce fait impuni ? L'erreur d'un pharmacien ferait l'impunité d'un empoisonneur, alors que l'absence de cette erreur, sans modification aucune des circonstances, eût pu faire tomber sa tête sous le couteau du bourreau ! Y a-t-il deux classes de criminels ? Les distinguerons-nous en criminels heureux et en criminels infortunés ? Laisserons-nous ouvertes toutes les routes de la vie civile et politique à un empoisonneur, parce que son pharmacien l'aura mal servi ? En quoi est-il plus coupable celui qui n'aura pas été favorisé ainsi d'un inexplicable bienfait du hasard ? Nous rencontrons ici, ajoutions-nous, le sujet, le moyen et l'objet ; l'agent a voulu le crime ; le moyen était, dans son intime conviction, capable de le réaliser, et il existait un être destiné à le subir. Quoi de plus est nécessaire ? En ce qui regarde l'agent, le méfait est achevé. Lorsque l'élément matériel est seul, il motive une peine, quelque légère qu'elle soit, et il n'y a pas cependant germe de l'intention la plus éloignée : ainsi, dans les homicides, les blessures, les incendies par imprudence. Pourquoi ne pas accorder une satisfaction analogue contre l'élément moral, quoique seul, lorsqu'il est établi d'une manière certaine et qu'il est accompagné, dans la pensée de l'agent, du cortège de l'élément matériel ? C'est ce qu'a reconnu la chambre des mises en accusation de la Cour impériale d'Agen par son remarquable arrêt du 8 décembre 1849, qui fut rendu, circonstance à noter, contrairement aux conclusions du procureur général¹.

¹ Aff. Laurent Lacroix père, de l'arrondissement de Lombez. Tentative d'assassinat. Renvoi devant la Cour d'assises du Gers. Condamnation à

Nous conservons l'estime que nous a toujours inspirée ce monument judiciaire ; mais si nous le regardons, au point de vue moral, comme une éclatante manifestation des doctrines spiritualistes, nous sommes obligé de convenir, en nous plaçant sur le terrain de la criminalité légale, que la Cour d'Agen a fait une inexacte application des principes. Nous n'avons pas à émettre l'opinion qui nous plairait, mais celle que nous croyons provenir de la saine interprétation de la loi. La réfutation de notre premier sentiment se résume ainsi : on ne saurait inculper quelqu'un que d'un crime possible ; or, si l'agent use de moyens essentiellement inefficaces, le crime est matériellement impossible ; que l'inefficacité soit à sa connaissance ou à son insu, peu importe ; il n'est donc pas permis à la justice humaine de reprocher à un homme un méfait qui, dans les conditions où il s'est produit, ne pouvait pas ne pas être manqué. Tout attentat se compose de l'élément intentionnel et de l'élément physique ; l'élément intentionnel ne suffit pas, et le défaut d'élément physique utile, notamment quant au moyen, entraîne l'inanité de l'effort et désarme la société, n'y eût-il que cette considération qu'elle n'a eu aucun danger à courir : (*Crimen*) *utilitate publicâ rependitur*¹. — Dans cette seconde hypothèse, il n'y a donc point matière à répression.

53. 3° Il en est de même du troisième cas, lorsque le crime n'a pas d'objet tangible, soit parce qu'il n'existe pas d'objet, soit parce qu'il est placé dans une situation qui défie toute atteinte physique de la part de l'agent. C'est ce qui arrive quand l'auteur perce de son poignard un ennemi qu'il croit endormi, et qui est mort subitement quelques instants avant son attentat ; c'est ce qui arrive quand il tire un coup de fusil sur une place où il est convaincu qu'est la victime, alors que celle-ci est accidentellement et contrairement à ses habitudes, absente du lieu où la croit l'agent, etc. Nous reproduisons à cet égard notre dernier raisonnement renfermé, du reste, dans un arrêt nettement motivé de la chambre des mises en accusation de la Cour impériale de Montpellier du 26 février 1852².

cinq ans de reclusion. Le 14 février 1850, arrêt de rejet de la Cour de cassation.

¹ Tacite, *Ann.*, XIV, 44.

² Tentative d'assassinat. Annulation de l'ordonnance de prise de corps décernée par la chambre du conseil. — *Se l'effetto ingiustamente nocivo è*

54. Il n'y a donc que dans le premier cas matière à répression ; car pour qu'il y ait *infraction manquée*, il ne suffit pas que l'agent ait fait tout ce qu'il *voulait* accomplir pour consommer son projet ; il faut qu'il ait réalisé tout ce qui dans ce but *était nécessaire*. C'est là qu'est la règle à consulter pour arriver à dire si le méfait manqué est ou non punissable. Cette règle ne trouve son application que dans la première hypothèse qui est, par suite, la seule contre laquelle puissent être invoquées les dispositions pénales. Dans les conditions que nous avons indiquées comme constituant la *tentative*, sont, en effet, implicitement renfermées celles de la nécessité d'un moyen propre à faire atteindre le but et d'un sujet passif destiné à subir le mal, d'un objet, en un mot, vers lequel porte l'effort : — S'il n'y a pas d'objet, l'entière série des phases criminelles disparaît et se trouve, quelles que soient les circonstances, réduite à néant. — Il en est de même si les moyens sont inefficaces. L'*inidoneité* des actes est incompatible avec la criminalité ; l'*inidoneité* d'un acte ne détruit pas l'efficacité des actes antérieurs qui, par exemple, s'ils constituaient par eux-mêmes une tentative punissable, ne seraient pas anéantis par l'inefficacité d'un moyen qui les suit ; mais cette inefficacité, afférente à un acte donné, infirme tous les actes postérieurs, si ces actes, pour être efficaces, ne peuvent pas se passer de l'efficacité de l'acte antérieur. En quoi doit consister l'*inidoneité* des actes pour entraîner l'inanité du *méfait manqué* ? — Il faut que cette inefficacité tienne à l'essence, à la nature de l'acte ou du moyen : le mauvais emploi d'un instrument, l'inhabileté ou l'inexpérience de l'agent, toutes les circonstances, en un mot, étrangères aux qualités substantielles de l'acte, n'empêchent ni la *tentative* ni le *méfait manqué* d'être punissables ; c'est là un point que dans cette matière épineuse nous pouvons établir d'une manière absolue. — Mais aussi faut-il reconnaître qu'il n'y a pas de *méfait manqué punissable*, si l'absence d'effet doit être attribuée, serait-ce au vice le plus caché de l'acte ou du moyen, dans le cas où ce vice, constaté d'ailleurs très-nettement, rendrait essentiellement vain l'acte ou le moyen.

di un impossibile conseguimento, l'attentato deve calcolarsi per nulla.
 Si l'effet injustement nuisible est d'un impossible résultat, l'attentat doit être regardé comme non existant. (Romagnosi, *op. cit.*, part. IV, L. 1, c. 1, § 664.)

Du commencement jusqu'à la fin de notre théorie, ce qui doit, en effet, servir de guide d'une manière constante et sûre, c'est l'idée du péril. Quand le moyen d'action choisi par l'agent aurait été capable par sa nature propre de produire l'effet désiré, s'il n'était survenu aucun empêchement fortuit, le péril a existé depuis le premier acte d'exécution jusqu'à la consommation de l'acte. Mais quand l'obstacle a découlé de l'un des actes d'exécution, parce que, d'après sa nature même, cet acte n'avait pas la propriété que l'agent lui supposait, le péril a cessé d'exister, tout au moins à partir de cet acte. Si le péril n'est pas concomitant de toute la série des actes d'exécution jusqu'à un degré punissable, il ne reste que l'élément de l'intention mauvaise, constitutive de la culpabilité morale, sans le concours correspondant de l'élément matériel, indispensable pour faire naître le danger, à défaut duquel il ne peut y avoir de criminalité légale. — Il est superflu, d'ailleurs, de dire que lorsque le méfait manqué s'est produit avec tous les caractères qui le rendent imputable, le repentir ne peut le détruire, parce que *factum infectum fieri nequit*. La restitution ne fait pas disparaître le vol; le repentir le plus sincère ne supprime pas la tentative ou le méfait manqué, dès qu'ils sont devenus punissables. — Dans le méfait manqué, du reste, la série des actes est aussi complète, est la même que dans le méfait consommé; ce qui les distingue, c'est que d'un côté il y a ce qui ne se rencontre pas de l'autre, le résultat criminel.

§ 3.

55. Notre étude touche sur bien des points à celle de la *complicité*. Nous ne dirons rien de cette matière en elle-même; nous n'entendons émettre quelques mots qu'en ce qui concerne les rapports directs des deux théories entre elles.

Si quelqu'un donne à son domestique les ordres et les instructions nécessaires pour mettre le feu à un édifice; — que le domestique s'y conforme, dispose tous les préparatifs du crime, et puis qu'il renonce à l'exécution, à l'insu même de son maître qui croit le méfait achevé, celui-ci ne peut être puni comme complice d'une tentative d'incendie, puisqu'il n'y a eu ni méfait consommé, ni méfait manqué, ni tentative. Notre législation n'atteint pas l'ordonnateur intellectuel du délit, le provocateur, lorsque le mal qu'il a voulu, qu'il a cru réaliser

par un intermédiaire, ne s'est pas produit, serait-il convaincu du contraire? Flétri par la loi morale, il n'est pas atteint par les dispositions légales¹.

Mais la complicité de la tentative et du méfait manqué réalisés est punie comme celle du méfait consommé. C'est un point incontesté².

56. Si le complice fait par lui-même, sous l'influence du repentir, échouer la tentative, il semble, au point de vue même de notre législation, qu'il doive être à l'abri de tout châtement, profitant en cela de la faveur qui assure l'impunité à l'agent dont la tentative est arrêtée par son propre désistement³. Mais il est évident que c'est là une impunité toute personnelle au complice dont l'acte ne bénéficie pas à l'auteur principal, si le complice a été la cause fortuite, indépendante, qui a motivé la suspension de l'exécution du méfait ou qui en a empêché la réussite.

Faisons maintenant l'hypothèse suivante. Le complice a donné des instructions à l'auteur principal : le crime est résolu; sa perpétration est fixée à une heure déterminée. Quelques instants avant cette heure, le complice se rend auprès de celui qui va accomplir le dessein coupable et se consume en efforts pour l'en dissuader. L'auteur principal persiste; sans les indications du complice, il lui eût été absolument impossible de commettre l'attentat, même d'y songer; malgré les regrets profonds que lui exprime son instigateur, malgré les sages exhortations qu'il en reçoit, il tente le méfait dans la mesure de la criminalité légale. Quelle est, en droit, la situation du complice? — En morale, il porte sans doute, quel que soit son repentir, la lourde responsabilité de sa faute. Mais, aux yeux de la loi, est-il punissable? Pour mériter le châtement, faut-il qu'il persévère jusqu'à la dernière heure dans l'idée du mal qu'il a inspiré et facilité? — Échappe-t-il à la justice des hommes dès qu'il a formellement déclaré, avant que l'attentat ne soit commis, qu'il est devenu hostile à son exécution?

S'il s'agissait d'une complicité par ordre, elle cesserait dès que le complice aurait retiré l'ordre et que son changement de

¹ V. Rauter, t. I, n° 115, p. 212. — Dalloz, *Rép.*, v° *Complicité*, n° 48.

² Cass., rej., 18 octobre 1816, aff. Secret, Roy et autres.

³ V. Rauter, t. I, n° 118, p. 215. — Dalloz, v° *Complicité*, n° 76.

volonté aurait été connu de l'auteur principal. — Mais il est question d'une complicité par instruction, et il nous semble qu'aux yeux de la loi, le complice est responsable de la tentative et du méfait manqué, même après qu'il a invité l'auteur principal à ne pas mettre à profit ses instructions, si, le pouvant, il n'a pas empêché, de son initiative personnelle, la perpétration de la tentative, ou si, ne pouvant l'empêcher, il n'a pas prévenu en temps opportun l'autorité capable de la déjouer.

Si le complice se repent de sa participation trop tard, quoique avant sa perpétration; s'il s'est repenti à quatre heures, à Toulouse, alors qu'à cinq heures, le crime devait être accompli à une distance de cinquante kilomètres, dans les terres, il nous paraît que, quel que soit son repentir, il porte devant la loi la responsabilité de la tentative qui s'est exécutée, à son grand regret, il est vrai, mais à l'aide des moyens qu'il avait lui-même indiqués.

57. Il est unanimement reconnu que la tentative de complicité ne peut être punie lorsque le crime même ou la tentative de crime ne s'est pas produit. Il ne saurait évidemment y avoir de complicité relativement à un fait qui n'existe pas.

Mais peut-il y avoir *tentative de complicité* par rapport à un crime qui s'est accompli ou à une tentative de crime? En apparence, la question serait-elle délicate? Un homme a promis de faire le guet, à une heure déterminée, pour faciliter la perpétration d'un vol. Il est venu quelques instants avant le moment précis, fixé pour être celui du crime. L'auteur principal l'a vu; il est convaincu qu'il fait le guet; son affidé s'est, en effet, rendu sur les lieux dans cette intention : il a commencé à remplir sa promesse; mais, subitement saisi par une pensée de repentir, il s'est éloigné avant l'heure où sa présence est vraiment utile : jusque-là il ne s'était, en quelque sorte, que préparé à l'assistance attendue de lui. L'auteur principal s'est disposé à exécuter le crime, assuré du concours de celui qu'il croyait lui prêter son appui, et cette confiance a ajouté à l'énergie de sa conduite, qui aurait faibli s'il s'était vu destitué de

¹ Crim. cass., 4 décembre 1812 (int. de la loi). — Crim. rej., 27 décembre 1817, aff. Poirier, femme Hotteberg. — Nancy, 29 janvier 1840, aff. Vinot.

cette aide. Il a consommé le méfait ou l'a tenté dans la mesure légale.

On pourrait ne pas voir dans les actes de l'affidé une complicité entière, mais, en termes vulgaires, une *tentative de complicité*. Il conviendrait peut-être qu'il y eût là matière à répression. Cependant on ne peut se dispenser de reconnaître qu'il n'y a de punissable que la complicité; que la tentative de complicité ne l'est pas, n'étant pas même prévue; que tout dépend donc de la question de savoir s'il y a eu ou non complicité. Si les faits que nous venons d'exposer paraissent présenter rigoureusement le caractère de la complicité, il y aura lieu d'appliquer les articles 59 et 60 de notre Code pénal; — s'ils n'offrent pas ce caractère, ils n'offrent rien qui puisse être atteint; car la loi s'est préoccupée de la complicité et nullement de la tentative de participation au crime.

SECTION V.

58. Après avoir considéré successivement *les actes préparatoires*, — la première mise en œuvre des préparatifs, ou *l'attentat proprement dit*, — *la tentative arrêtée par le désistement volontaire de l'agent*, — *la tentative fortuitement suspendue*, — *le méfait manqué à ses divers aspects*, nous arrivons au dernier terme de l'entreprise criminelle, au degré représentant la somme de tous les actes antérieurs, à la *consommation*, *summatum opus*. Non-seulement toutes les phases se sont produites, mais l'auteur a touché le but; le résultat matériel s'est réalisé.

59. Après avoir circulairement agité la fronde, l'agent avait jeté la pierre, en lui faisant décrire une parabole dans l'air vicié du domaine criminel. Cette parabole a eu une moitié de son arc du côté de l'agent, une moitié du côté du but. Dans la première moitié nous avons vu le point de départ extérieur, c'est-à-dire le *préparatif* et l'impulsion qui engendre le second degré, *l'attentat*; la *tentative* s'est placée au sommet, non sans quelque extension des deux côtés, comme l'ont toutes les choses morales. Puis la parabole *ad eventum festinavit*, selon le langage de Nicolini; elle a penché vers sa fin; arrêtée en cette descente, elle n'aurait produit que le *crime manqué*; mais nous la voyons toucher le point extrême, atteindre à *la consommation du fait*.

Tel est le couronnement de la vie criminelle, dont nous avons

suivi la progression en essayant d'ausculter jusque dans la conscience son mouvement générateur. De même, en effet, que les fondements des édifices matériels échappent au regard jusqu'à ce que l'on ait fouillé la terre, de même l'édifice du crime repose sur une base qu'il n'est possible de connaître qu'en creusant le sol de la pensée. De la vie interne nous nous sommes avancé vers la vie extérieure, et nous en avons scruté la marche jusqu'au terme dernier. Quelle longue route parcourue quelquefois en un instant par le coupable, mais à l'extrémité de laquelle il ne parvient souvent qu'au prix des plus émouvantes luites, des plus habiles lenteurs, des sacrifices le plus chèrement achetés ! Pussions-nous l'avoir parcourue comme lui, en suivant avec quelque utilité les capricieuses involutions de sa volonté perverse, notre regard attaché au sien, notre pas succédant à son pas, notre intelligence mesurant, malgré sa faiblesse, les projets, la portée et le but de la sienne ! Pussions-nous surtout avoir exactement opéré la pondération juridique de ses actes !

60. Les développements scientifiques, les analyses multiformes du droit criminel, vulgarisés en Italie et en Allemagne, ne le sont pas dans la même mesure en France. Nous nous sommes inspiré des magnifiques travaux des grandes écoles étrangères ; sans négliger les traités remarquables de nos jurisconsultes nationaux, nous avons écouté les enseignements qui viennent d'au delà les Alpes ou le Rhin. Quelque attrait toutefois qu'aient pour nous ces doctrines, nous avons désiré échapper à la périlleuse nouveauté d'une exposition dont notre plume eût, du reste, très-imparfaitement retracé l'entier tableau. Nos vœux seraient exaucés si nous avions contribué pour notre modeste part à ménager comme une transition entre l'allure plus sobre, plus condensée, moins inquiète des criminalistes français et l'analyse plus profonde, plus curieuse, plus sagace peut-être des écrivains allemands ou italiens. Le souhait de la science doit appeler l'intelligente conciliation de ces deux systèmes.

Après avoir étudié d'une manière générale la *criminalité morale* et la *criminalité légale*, nous allons nous préoccuper du côté *historique* et du *droit comparé*. Nous nous consacrerons ensuite à la partie *pratique*, qui occupera la plus grande place dans cette monographie. Nous y apprécierons d'une manière

plus directe le sens, la portée, la valeur doctrinale de l'article 2 de notre Code pénal. Nous suivrons un à un tous les *crimes* prévus par notre législation pour appliquer relativement à chacun d'eux, avec l'aide de la jurisprudence, les principes que nous avons exposés ; nous agirons de même en ce qui concerne les *tentatives de délits*, spécialement déterminées par la loi ; car, à la différence de ce qui a lieu pour les crimes dont les tentatives sont toujours punies, les tentatives de délits ne sont atteintes, aux termes de l'article 3, que lorsqu'il y a disposition expresse de la loi. Nous n'aurons pas à compléter le travail par ce qui pourrait regarder les contraventions ; car il n'est pas, on en comprend aisément le motif, une seule contravention dont la tentative soit réprimée.

Notre cadre rempli, nous aurons présenté dans la mesure de nos forces l'ensemble des considérations qui éclairent l'étude théorique et pratique *des degrés de la criminalité*, spécialement *de la tentative et du méfait manqué*. JULES LACOINTA.

DISSERTATION SUR L'ARTICLE 423 DU CODE PÉNAL.

SENS DES MOTS : *Nature de la marchandise.*

Par M. Ch. MILLION, avocat à la Cour impériale de Paris.

Cette formule de l'article 423 du Code pénal : *nature de la marchandise* mérite de nouveau de fixer notre attention, car l'interprétation à laquelle nous nous étions arrêté, dans notre TRAITÉ DES FRAUDES EN MATIÈRE DE MARCHANDISES paraît être en désaccord complet avec la définition qu'en a donné la Cour de cassation dans quelques arrêts rendus depuis la publication de notre travail.

Nous avons dit que ces mots : *nature de la marchandise*, désignaient les qualités principales de la chose vendue, et par qualités principales, nous entendions celles des qualités en vue desquelles les parties avaient dû contracter soit tacitement, soit expressément : tacitement, en tant qu'il s'agit des qualités nécessaires à l'existence même de la chose et sans les-

quelles la chose n'eût pas existé, ou n'eût plus été celle que les parties auraient voulu acheter et vendre; expressément, en tant qu'il fût question de toutes autres qualités qui, bien qu'accessoires à la chose, seraient cependant, en vertu d'une convention formellement exprimée au moment du contrat, devenues une condition essentielle de la vente, en l'absence de laquelle il est certain que le marché n'eût pas été consenti.

Partant de cette assertion, qui, de notre part, avait fait l'objet d'une longue démonstration, nous avons conclu, en nous appuyant sur des principes que nous avons crus être ceux de la matière et sur de nombreuses décisions judiciaires, que la tromperie sur la nature, punie par l'article 423 du Code pénal, consistait dans l'emploi de manœuvres frauduleuses, pratiquées par le vendeur pour induire l'acheteur en erreur sur celles des qualités de la marchandise en considération desquelles les parties avaient dû contracter, soit parce qu'elles étaient nécessaires à l'existence de la chose, soit parce qu'elles avaient donné lieu à une convention spéciale et expresse. Aurions-nous donc fait un mauvais usage de ces autorités, ou, séduit par les fascinations d'un système fertile en explication, serions-nous tombé dans les écarts d'une théorie arbitraire? C'est possible. Examinons.

Tromper, c'est faire croire quelque chose qui n'est pas, c'est faire errer, c'est induire en erreur. Une tromperie entraîne donc nécessairement avec elle l'idée d'une erreur, mais d'une erreur provoquée à l'aide de manœuvres plus ou moins dolosives; partant toute tromperie commerciale implique et l'erreur et le dol.

Or, si nous nous reportons au droit civil, et que nous recherchions quels sont les effets juridiques de l'erreur et du dol, nous nous trouvons en face, d'abord, de la disposition générale de l'article 1109 du Code Napoléon, qui déclare que le consentement, nécessaire à la formation de tout contrat, n'est point valable lorsqu'il a été donné par erreur ou surpris par dol, puis des articles 1110 et 1116, qui déterminent le degré de gravité que doivent présenter ces deux vices du consentement pour le rendre nul et pour faire tomber le contrat.

L'erreur, nous dit l'article 1110, n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle porte sur la *substance* de la chose qui en fait l'objet, et le dol, d'après l'article 1116, rend la convention nulle lorsque les manœuvres pratiquées par

l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre n'aurait point contracté.

Enfin, quatre autres articles du Code Napoléon s'occupent encore des effets de certains cas d'erreur qui peuvent se produire dans le contrat de vente : nous voulons parler des articles 1641, 1643, 1644, 1645. Ces articles supposent l'existence d'une erreur qui, dans un marché, proviendrait de vices non apparents dont la chose pourrait être atteinte, et ils règlent la situation des parties contractantes. Le vendeur, aux termes de l'article 1641, est tenu de l'obligation de garantie à raison des vices cachés qui rendraient la chose impropre à sa destination, ou qui diminueraient tellement son usage, que l'acheteur n'en eût donné qu'un moindre prix s'il les eût connus ; et suivant l'article 1643, il est tenu de cette obligation quand bien même il eût ignoré ces vices, à moins qu'à cet égard il n'eût fait une stipulation formelle pour déclarer qu'il entendait s'exonérer de toute garantie. Comme sanction, dans le cas où le vendeur est de bonne foi, l'article 1644 accorde à l'acheteur le droit ou de rendre la chose et de se faire restituer le prix qu'il a payé, ou de garder la chose en ne se faisant rendre qu'une partie du prix, suivant qu'il sera arbitré par expert ; et lorsque le vendeur qui connaissait les vices de la chose ne les a point déclarés, l'article 1645 dispose qu'il doit être tenu, outre la restitution du prix, de tous dommages-intérêts envers l'acheteur, et cela, peut-être parce qu'il y aurait eu dol de sa part à se taire ainsi sur des défauts qu'en toute loyauté il devait et pouvait énoncer.

Ainsi, par application de ces principes, nous arriverions à cette conséquence qu'au point de vue civil, la vente entachée de tromperie pourrait être annulée, ou pour cause d'erreur lorsque l'erreur dont se plaindrait l'acheteur affecterait la substance de la chose vendue, ou pour cause de dol toutes les fois que les manœuvres employées auraient agi sur l'esprit de l'acheteur et rentreraient dans la définition de l'article 1116 ; et qu'elle pourrait être résiliée avec dommages-intérêts contre le vendeur, si l'erreur provenait de vices cachés et non déclarés au moment du contrat. Ces principes sont certains et la conclusion rigoureuse, donc pas de difficulté.

Mais au point de vue criminel, ces mêmes circonstances sont-elles suffisantes pour caractériser le délit prévu par l'article 423 du Code pénal ? Il y a à cet égard matière à doute.

L'article 423 ne dit point que ce soit sur l'esprit de l'acheteur que la fraude ou les manœuvres dolosives auraient dû agir; il ne dit pas non plus que l'erreur résultant de ces manœuvres devrait porter sur la substance de la chose. Voici ses termes : Quiconque aura trompé l'acheteur sur le titre des matières d'or et d'argent, sur la qualité d'une pierre fausse vendue pour fine, sur la nature de toute marchandise, sera puni.....

Cet article ne prévoit donc formellement que la tromperie ayant causé une erreur ou sur le titre des matières d'or et d'argent, ou sur la qualité des pierres, ou sur la nature de toute marchandise, et il ne parle ni de la tromperie sur la substance ni de celle consistant dans la dissimulation des vices cachés. Il est vrai que, sur ce dernier point, on croit pouvoir, en argumentant à *contrario*, décider que la dissimulation de vices cachés échappe à la sanction pénale édictée parce que ce genre de fraude affecte la *qualité de la chose*, qui est simplement devenue moins bonne et moins utile, mais n'a pas été *dénaturée*.

Toutefois, l'objection reste quant à l'erreur sur la substance, car le texte de l'article 423 ne donne prise à aucune argumentation de ce genre. Aussi est-ce dans l'interprétation même du mot *nature* qu'il faut chercher une solution. Que signifie donc ce mot *nature*, que les rédacteurs du Code pénal ont inscrit dans l'article 423 ?

Cette expression : *nature de toute marchandise*, n'est point d'un usage ordinaire dans le langage de nos lois; on ne la rencontre nulle part ailleurs que dans notre article 423 et dans l'article 8 de la loi plus récente du 27 juin 1857, sur les marques de fabrique, dont la disposition est en tout point semblable à celle de l'article 423, et elle n'a d'analogie que ce mot : *substance*, que nous venons de relever dans l'article 1110 du Code Napoléon. Y aurait-il donc synonymie entre ces deux termes : *substance* et *nature*, et cette synonymie serait-elle tellement complète, que la sanction de l'article 423 ne devrait s'appliquer qu'aux seuls cas où, en l'absence de fraude, l'action de l'article 1110 pourrait être intentée devant la juridiction civile?

Plusieurs auteurs le pensent.

M. Calmels, au n° 180 de son ouvrage intitulé : *DES NOMS ET DES MARQUES DE FABRIQUE*, prétend que par ce mot *nature* de l'article 423, il faut entendre la qualité fondamentale, *la substance*, la matière première qui est annoncée comme

existante dans la chose vendue, *substance* et matière qui, en conséquence, font l'objet du contrat.

M. Rendu, dans son traité pratique DES MARQUES DE FABRIQUE, a adopté la même opinion; il dit au n° 200 qu'il y a tromperie sur la nature quand un mélange de matières étrangères est assez considérable pour rendre la *substance* que l'acheteur se propose d'acquérir impropre à son emploi industriel.

M. Émion n'hésite pas non plus à se ranger à cet avis, et dans le n° 48 de son traité DES DÉLITS ET DES PEINES EN MATIÈRE DE FRAUDES COMMERCIALES, il s'attache à démontrer que la tromperie sur la *nature* ne doit pas être distinguée de la tromperie sur la *substance*.

Ces trois solutions, qui se confondent, il est vrai, ne manquent pas d'apparence. La seule comparaison des textes fournit pour l'appuyer des raisons qui, de prime abord, paraissent très-fortes, et les rapprochements d'idées qui en résultent semblent de leur côté ne laisser place ni au doute ni à une théorie contraire. Que l'on se reporte à la règle inscrite dans l'article 1110, ne s'applique-t-elle pas merveilleusement à l'hypothèse de l'article 423? Nature et substance ont-ils, en dehors du langage juridique, des significations tellement précises et tellement éloignées, qu'ils n'aient pas pu être employés l'un pour l'autre par nos législateurs? Du reste, quel intérêt peut-il y avoir à distinguer la substance d'une chose de sa nature, et réciproquement? D'ailleurs n'est-il pas parfaitement logique de recourir au droit civil pour expliquer un terme obscur du droit criminel? Enfin, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'une disposition pénale, et que c'est le cas d'éviter avec soin toutes les interprétations qui tendraient à lui donner trop d'extension et à l'énerver en la rendant trop élastique.

Mais ces arguments sont, à notre avis, plus spécieux que solides; car soumis à l'épreuve d'un examen consciencieux, ils ne tardent pas à perdre beaucoup de leur valeur. Aussi quelle que soit l'autorité des jurisconsultes qui ont enseigné cette opinion, nous n'hésitons pas à nous en séparer, intimement convaincu que nous sommes resté, après de mûres réflexions, que lorsque les rédacteurs du Code pénal ont spécifié, comme caractère essentiel du délit prévu par l'article 423, qu'il portât sur la *nature* de la marchandise, ils avaient une idée parfaitement exacte de la formule qu'ils employaient, et que c'est à

dessein et avec raison qu'ils l'ont préférée à toute autre. Certes, si par la nature de la marchandise ils n'eussent pas entendu autre chose que sa substance, n'auraient-ils pas choisi cette dernière dénomination qu'ils trouvaient déjà dans le Code Napoléon : dans l'article 578, à l'occasion de l'usufruit, et notamment dans l'article 1110 qui traitait d'une hypothèse si rapprochée de celle dont ils s'occupaient. Ces deux articles, traduits presque littéralement du Digeste, étaient des précédents assez heureux pour qu'ils n'aient pas dû craindre d'y faire un semblable emprunt. Or ils n'ont pas fait cet emprunt; ils paraissent même l'avoir, non pas involontairement négligé, mais, au contraire, soigneusement évité. Et s'il en est ainsi, ne sommes-nous pas fondé à conclure qu'en rejetant l'expression de *substance*, qui avait dû se présenter si facilement sous leur plume et dont le sens était nettement défini et connu, ils obéissaient à un besoin irrésistible et à une pensée bien arrêtée de préciser, par un mot nouveau, l'objet du délit de tromperie, et qu'ils sentaient que si leur prévision ne s'étendait qu'à la tromperie sur la substance, elle manquerait son but en devenant inefficace?

Cette conclusion n'est ni hasardée ni arbitraire. Les débats et les discussions qui, lors de la confection du Code pénal, ont eu lieu à propos de cet article 423, la légitiment et la confirment.

Plusieurs des tribunaux et magistrats, consultés sur le projet du Code pénal, avaient vivement critiqué l'article 385 devenu depuis l'article 423. On reprochait, en général, à la rédaction adoptée de n'être ni assez juste ni assez claire. Le tribunal des appels de Bourges, notamment, formulait ce grief en demandant la suppression de ces mots : *nature de toute marchandise*, comme trop vagues à l'application.

Sur le vu de ces critiques, la Commission législative crut devoir interpréter le texte litigieux et soumettre au Conseil d'État des observations sur lesquelles elle motivait un amendement. Voici ces observations :

Séance des 4 et 5 janvier 1810.

« Article 385. L'article spécifie d'abord la tromperie sur le « titre des matières d'or ou d'argent, sur la qualité des pierres

« fines; puis il ajoute : *sur la nature de toute marchandise*, ce
 « qui s'étend sur tout ce qui peut se vendre en marchandise,
 « chevaux, bestiaux, meubles, denrées, grains, et sur les ob-
 « jets de la plus légère importance, même dans les halles et
 « marchés. Si cette disposition, comme il est à le présumer,
 « s'étend sur la tromperie relative à la qualité ou valeur de
 « toute marchandise, la mauvaise foi, la chicane peuvent s'en
 « emparer et créer à chaque instant une multitude de procé-
 « dures et de dénonciations. Il semble que si cette mesure ne
 « s'appliquait qu'aux défauts d'identité entre la marchandise
 « vendue et la chose livrée, les inconvénients dont on vient de
 « parler n'existeraient pas. Ainsi, si un individu a acheté un
 « cheval et qu'on ne lui livre pas le même; si on lui a vendu
 « du drap de Louviers et qu'on ne lui transmette que du drap
 « d'Elbeuf; etc., etc., le vendeur sera coupable de la tromperie
 « qu'on a eu en vue dans cet article, SI CETTE IDÉE PARAÎT CON-
 « FORME À L'ESPRIT DE L'ARTICLE, ON POURRAIT AJOUTER CES MOTS :
 « SUR LA NATURE, OU L'ORIGINE, OU L'ESPÈCE DE TOUTE MARCHANDISE. »

De ce passage; il résulte clairement que la Commission légis-
 lative avait senti la nécessité de définir ce qu'il fallait entendre
 par la *nature de toute marchandise*. Elle avait compris que cette
 expression ne devait pas rester indéfinie, ni laisser prise à de
 trop larges interprétations; que, dès lors, il était urgent, pour
 éviter des inconvénients qu'elle signalait comme imminents
 pour la justice et les justiciables, de bien la fixer et d'en bien
 limiter la signification. Selon elle, ces mots : tromperie sur la
 nature, ne pouvaient s'appliquer qu'à la seule tromperie portant
 sur un défaut d'identité entre la chose vendue et la chose
 livrée, en d'autres termes, la tromperie sur la nature ne
 devait consister que dans la tromperie sur le corps même
 de la chose, *in ipso corpore rei*, ce qui excluait en quelque
 sorte l'idée de la tromperie sur la substance, une chose
 pouvant être la même dans son identité sans l'être dans sa sub-
 stance¹. Ainsi restreinte, la disposition de l'article 385 de-
 venait trop évidemment incomplète pour que son insuffisance
 n'apparût pas immédiatement à tous les yeux; aussi dans le

¹ Aussi Rendu et Delorme dans leur *Traité du droit industriel*, ont-ils dit que la tromperie sur la nature se confond avec la tromperie sur l'identité de la chose.

but de faire rentrer dans son cadre nombre de fraudes qui n'y trouvaient pas exactement place, la Commission jugea à propos de prévoir expressément et la tromperie sur l'origine et la tromperie sur l'espèce. Tel était bien certainement la portée de l'amendement qu'elle soumettait à l'agrément du Conseil d'État.

Le 18 janvier 1810, la question fut déferée au Conseil d'État, et le procès-verbal de la séance constate qu'après avoir pris connaissance de l'amendement proposé par la Commission législative, cette assemblée ne crut pas devoir l'accepter et en prononça le rejet. Comment expliquer cette résolution? Faut-il croire que les esprits éminents qui composaient le conseil n'aient pas été frappés des observations de la Commission sur les dangers qui pouvaient résulter d'une trop grande extension de l'article 385, ou, au contraire, ce qui paraît plus vraisemblable, auraient-ils pensé qu'il était sans utilité de charger la rédaction d'un surcroît d'expression faisant double emploi et n'ajoutant rien au sens?

Si, comme nous en avons la conviction, telle a été leur opinion, et si, en repoussant l'amendement, ils ont voulu déclarer qu'il n'était pas nécessaire d'introduire dans l'article une disposition particulière pour prévoir la tromperie sur la provenance ou sur l'espèce, parce que ces sortes de fraudes reentraient implicitement dans la formule employée de tromperie sur la nature, il faut bien avouer qu'à leurs yeux la nature d'une chose différait essentiellement de sa substance puisqu'elle comprenait et son origine et son espèce.

Conjecture! nous dira-t-on, car votre argumentation ne repose que sur une présomption; elle n'a d'autre fondement que l'interprétation que vous donnez à la pensée des législateurs de 1810; et cette interprétation est d'autant plus suspecte que jusqu'ici personne ne l'avait trouvée.

Eh bien! soit; cherchons alors quelle est la théorie de la loi, et voyons si cette théorie nous donne raison.

Malgré la physionomie abstraite que paraissent avoir les mots *substance* et *nature*, il est certain que la théorie de la loi française, sur ce point, n'est pas le moins du monde philosophique. Jamais d'ailleurs, ni dans la spéculation ni dans la pratique, on n'a songé à lui attribuer cette origine; elle émane, il est vrai, de législateurs sur lesquels les tendances du

XVIII^e siècle avaient exercé la plus grande influence, mais ces grands esprits étaient doués d'un sens assez judicieux pour éviter les excès de leur temps et s'abstenir de tomber dans des écueils qui, à toutes les époques, ont été le fléau des législations pénales. Néanmoins il faut reconnaître que, cédant à de vieilles habitudes de langage, ils ont quelquefois donné à leur pensée une tournure terne et obscure dont les interprètes n'ont point toujours pu facilement pénétrer les ambiguïtés.

Jusqu'ici, pour expliquer l'article 423, on se complaisait dans des systèmes plus ou moins spécieux bâtis et forgés à plaire en argumentant soit des textes, soit de rapprochements ou d'analogies souvent contestables, et l'on se contentait dans l'application de faire appel aux règles de la plus vulgaire équité. On n'est pas sorti de ce cadre ; c'était, sans doute, limiter la portée des horizons ; toutefois, comme on pressentait que la solution de cette question devait être toute juridique, on restait avec raison dans le domaine du droit. Cette manière de voir était exacte ; seulement il eût été à désirer que, dans leurs conceptions, les jurisconsultes, qui ont étudié ces matières, se fussent moins attachés à des arguties et eussent un peu plus creusé la question, de façon à trouver les vrais principes et le critérium qui doit en découler. Ils y furent à coup sûr arrivés en s'imprégnant davantage de la phraséologie des anciens auteurs et de notre ancien droit, et notamment de celle de Pothier, que les rédacteurs de nos Codes ont si complaisamment suivi et copié.

Nous allons essayer d'entreprendre ce travail.

La plupart des anciens auteurs, dans leurs ouvrages, prennent un soin extrême de distinguer ce qui est de la substance et ce qui est de la nature de leur sujet, et c'est en faisant ainsi état des objets de cette distinction qu'ils parviennent à une définition exacte et précise. Or l'examen de cette méthode eût dû, selon nous, suffire pour faire éviter toute confusion dans la question qui nous occupe.

On eût vu, en effet, que ces savants jurisconsultes considéraient, comme étant de la substance de leur sujet, les éléments constitutifs nécessaires et essentiels, les conditions inhérentes à son existence, ses organes en un mot, sans lesquels ce qu'ils en disent ne pourrait s'y appliquer, tandis que ce qui est de sa nature est ce qui lui est spécial, particulier, et

qui lui donne une physionomie propre et caractéristique¹.

Ainsi Pothier, lorsqu'il traite du contrat de vente, dit que trois choses sont de la substance de ce contrat : une chose qui en soit l'objet, un prix convenu, et le consentement des contractants; toutes conditions sans lesquelles ce contrat ne saurait exister, et il indique comme étant de la nature de la vente d'être un contrat consensuel, synallagmatique, de droit des gens, et enfin de donner lieu à la garantie, en d'autres termes, il désigne sous cette rubrique : DE LA NATURE DE LA VENTE, les caractères de ce contrat, ses attributs distinctifs et particuliers, lesquels n'impliquent rien de son existence.

Cette démonstration, tirée de l'un des meilleurs traités du célèbre professeur d'Orléans, eût pu être extraite avec le même succès de tous ses autres ouvrages; car, dans tous, il a conservé la même méthode et s'est exprimé de même. Cependant, dans son TRAITÉ DES OBLIGATIONS, et à propos des effets de l'erreur dans les conventions, ce savant jurisconsulte s'est servi de termes et d'une comparaison qu'il faut peut-être considérer comme les causes de toutes les obscurités qui règnent dans la matière dont nous nous occupons, en y donnant accès aux équivoques que nous avons signalées; mais il nous semble qu'avec un peu plus d'attention que l'on en a mis à étudier cet auteur en cet endroit, on se fût vite aperçu que le passage en question n'avait pas le sens absolu qu'on lui a prêté en l'isolant de son milieu naturel.

Voici ce que dit Pothier :

« L'erreur annule la convention, non-seulement lorsqu'elle
 « porte sur la chose (*in ipso corpore rei*), mais lorsqu'elle
 « tombe sur la qualité principale que les contractants avaient
 « principalement en vue et qui *fait la substance de la chose*.
 « C'est pourquoi si voulant acheter une paire de chandeliers
 « d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers, que vous
 « me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers
 « d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté, quand

¹ Montesquieu commence son ouvrage sur *l'Esprit des lois* par rechercher quelle est la *nature* de chacune des formes de gouvernement qu'il étudie et quel en est le *principe*, c'est-à-dire quelle en est la substance. Après avoir fait ce travail, pour résumer sa pensée il dit qu'il y a cette différence entre la *nature* d'un gouvernement et son *principe* que sa *nature* est ce qui le fait paraître tel, et son *principe* ce qui le fait agir. Proposition qui à elle seule justifie pleinement notre assertion.

« même vous n'auriez aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle. »

En parlant ainsi, que voulait dire Pothier? Changeait-il de manière de voir? Est-ce que par hasard lui, ordinairement si ferme dans ses opinions et si méthodique dans la façon de les exprimer, il se serait départi de sa première théorie? Est-ce qu'il aurait cédé à la nécessité d'en inaugurer une nouvelle pour délimiter le point de départ et les conséquences juridiques de l'erreur dans les conventions?

De tels revirements d'idées et de pareilles incohérences ne sont pas, il faut l'avouer, le fait d'un esprit habituellement si net; on ne lui en attribue jamais de semblables, et il serait vraiment malencontreux pour nous d'avoir à lui en reprocher. Mais le maître ne s'est pas démenti.

Toutefois, nous devons répondre à une objection que l'on pourrait être tenté de faire ici contre notre argumentation. En traitant les contrats, nous dira-t-on, Pothier a bien pu employer une méthode générale toute autre que celle qu'il jugeait utile d'appliquer à un cas particulier; serait-il étonnant qu'il ait cru devoir étudier à des points de vue différents les contrats qui sont des êtres de raison, sans songer à établir les mêmes points de vue vis-à-vis des choses qui sont des êtres parfaitement réels? Dès lors la conclusion que vous tirez du rapprochement de cette double méthode n'est pas exacte et n'a aucune importance.

Nous subissons volontiers cette critique; mais quelle qu'en soit la gravité, qui, en définitive, ne nous paraît avoir d'autre résultat que de maintenir une antinomie fâcheuse, nous ne saurions consentir à y faire droit. Il nous répugne d'admettre que dans un auteur aussi judicieux, les mots puissent, à quelques pages de distance, avoir des significations contraires et opposées sans une explication préalable. Nous aimons mieux soutenir que Pothier ne s'est pas contredit et que cet homme de génie n'a toujours qu'une même méthode. Que ceux qui, en l'étudiant, ont rencontré ce passage aient mal compris sa pensée ou l'aient prise trop à la lettre, sans en pénétrer le sens, cela ne nous paraît pas douteux; dans ce cas, c'est à eux seuls que doit incomber la responsabilité de cette méprise.

Pothier, placé en face d'une abstraction, en face d'une chose considérée en elle-même, et obligé de formuler une règle ap-

plicable à toutes les hypothèses, pouvait-il s'exprimer autrement qu'il ne l'a fait? Peut-être, mais pas à coup sûr d'une façon plus brève ni plus concise, et les termes dont il s'est servi, s'ils manquent de précision, ne sont point impropres ni rebelles à l'idée qu'il devait vouloir rendre, si nous supposons qu'il avait l'intention de conserver à ce mot *substance* l'acception qu'il lui avait donnée partout ailleurs dans ses œuvres.

Cette chose dont il parle, qu'est-elle? Quand prendra-t-elle une réalité? Peut-elle, en droit, être autre que ce que les contractants voudront qu'elle soit? N'est-ce pas eux qui doivent la déterminer au moment du contrat? N'est-ce pas eux qui doivent la créer en quelque sorte en lui donnant une substance, en la revêtissant d'une forme, d'un corps, en le matérialisant? N'est-ce pas eux qui la tireront du néant en faisant connaître ses conditions d'existence, en la désignant, en la nommant? Que sera cette désignation? Que sera le nom qu'ils prononceront? Ne réveillera-t-il pas dans l'esprit de chacune des parties certains éléments constitutifs de la chose désignée, certains organes, certains principes qu'elles entendront être des conditions essentielles à son existence, sans lesquels elles ne peuvent ni la comprendre ni la concevoir? Ces éléments indispensables, ces organes essentiels que les deux parties ont en vue au moment du contrat, ces principes nécessaires, ces conditions inhérentes à l'état constitutif de la chose sur laquelle a porté leur consentement, et inhérentes à ce point qu'à leur défaut elle n'existerait point, sont précisément ce qui est, ce qui forme la substance de cette chose.

N'importe, d'ailleurs, que choisissant dans un genre, dans une espèce, dans une catégorie, les contractants aient fixé leur attention sur un point plus ou moins important, sur un organe plus ou moins essentiel à la constitution normale des choses du même rang; c'est, comme le dit Pothier et comme il a cherché à le faire comprendre par l'exemple du chandelier, c'est la désignation par la qualité indiquée dans la convention qui devient substantielle, parce que c'est elle que les parties ont eu principalement en vue, parce que c'est elle qui a fait l'objet du contrat, et que sans elle, il n'y eût pas eu concours de volonté.

Si nous avons bien compris ce passage du *TRAITÉ DES OBLIGATIONS*, et si la pensée du célèbre jurisconsulte a bien été celle que nous lui attribuons, nous sommes autorisé à croire éga-

ment bien fondée la définition du mot *nature*, telle que nous l'avons extraite de ses œuvres¹. Or cette définition est, selon nous, la seule à l'aide de laquelle il soit possible de se rendre compte du système et de l'économie de la loi française.

L'art. 1110 du Code Napoléon fait partie d'un chapitre dans lequel le législateur se préoccupait des conditions afférentes à la validité des conventions. Quatre conditions, dit l'article 1108, le premier de ce chapitre, sont essentielles à la validité des conventions : 1° Le consentement de la partie qui s'oblige ; 2° La capacité de contracter ; 3° Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; 4° Et une cause licite dans l'obligation.

Le consentement de la personne capable sur l'objet de la convention, dont la cause est licite, doit être la manifestation d'une volonté formelle et libre : formelle, parce que, sans cette volonté, il ne saurait y avoir de contrat ; libre, parce que si cette volonté avait été opprimée, elle pourrait être révoquée, et le contrat à la formation duquel elle aurait concouru serait annulable. L'erreur, le dol et la violence sont les vices ordinaires qui peuvent entraver la manifestation de la volonté des contractants ; mais la loi ne regarde ces vices comme suffisants pour entraîner la révocation de cette volonté que lorsqu'ils présentent certains caractères de gravité qu'elle a pris soin d'indiquer ; et c'est dans l'article 1110 qu'elle règle ce point quant à l'erreur. L'erreur ne devient une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle porte sur la substance de la chose qui en fait l'objet.

Dès lors, pour tous les interprètes du Code, est advenue la nécessité d'expliquer ce que signifie cette disposition. La plupart d'entre eux², prenant à la lettre le passage de Pothier que nous avons critiqué, ont cru qu'il était utile pour l'intelligence de cet article d'envisager la chose au point de vue abstrait et d'en dégager ce qui doit en être la substance. Ils ont été

¹ Dalloz au mot VENTE DE SUBSTANCES FALSIFIÉES, n° 119, s'exprime ainsi : « Tout ce qui fait l'individualité ou la spécialité d'une marchandise et contribue à la distinguer constitue sa nature. » Cette observation, d'une parfaite justesse, concorde parfaitement avec l'idée de Pothier.

² Toullier, vol. VI, p. 60, n° 55. — Delvincourt, vol. II, p. 123 et 459. — Boileux, art. 1110. — Rolland de Villargues, *Diction. du notariat*, v° Erreur, n° 36 et 43. — Delsol, art. 1110. — Mourlon, art. 1110.

amenés ainsi à classer *a priori* les qualités des choses en qualités principales et en qualités accessoires, puis à déclarer celles-ci indispensables et celles-là indifférentes à la validité du contrat.

D'autres, et parmi ceux-là M. Duranton¹, ont pensé que la loi avait voulu prévoir l'erreur qui porte tout à la fois sur la forme et sur la matière de la chose. C'est là une conception tout arbitraire que l'on justifie cependant à l'aide de quelques brocards tirés du droit romain qui nous paraissent sans application dans notre droit; car en droit français la question ne se place plus sur le même terrain qu'en droit romain. A Rome, il y avait lieu, relativement aux conséquences de l'erreur, à distinguer entre les contrats *stricti juris* et les contrats *bonæ fidei*, distinction que notre loi n'admet pas. D'ailleurs, les décisions du Digeste en ce point sont si divergentes, qu'il serait presque possible de s'en servir avec le même succès à étayer tous les systèmes.

En commentant l'article 1110, M. Marcadé fait remarquer que la loi ne considère les choses qu'au point de vue de leur utilité pour l'homme. Cette remarque est juste; mais il en conclut que par substance des choses la loi entend l'ensemble des qualités principales. Sans revenir sur ce que nous avons déjà dit, qu'il nous soit permis de faire ressortir le vice de cette argumentation.

Cette utilité qu'envisage la loi, par qui et comment sera-t-elle déterminée? Par l'homme évidemment, au moment où se laissant guider par son choix, son caprice ou ses besoins, il fera de cette chose l'objet d'un contrat. Ce sera donc toujours la convention qu'il faudra interroger pour savoir ce qui en fait l'objet et sur quoi a porté le consentement des parties. Ce sera donc la convention qui désignera l'utilité qui aura été prise en considération, de sorte qu'il eût été plus exact de déduire cette conséquence que, d'après la loi, la *substance* de la chose est ce qui, en considération de cette utilité, a fait l'objet de la convention.

Cette conclusion plus rigoureuse n'eût pas, il faut l'avouer, beaucoup fait avancer la question; car entre cette utilité et la

¹ Duranton, vol. X, n° 114. — Dalloz, v° *Obligation*, n° 30. — Delsol, même art. 1110.

chose il n'y a pas plus identité qu'il n'y en a entre la chose et sa substance ¹. La chose existe indépendamment de son utilité de même que la substance est indépendante de la chose. Mais cette définition eût au moins eu le mérite de faire comprendre que c'est l'utilité que les parties veulent tirer de la chose qui peut seule donner une idée de ce que doit être sa substance, et que la substance, en droit, n'a point une façon d'être identique, fixe et toujours la même que l'on retrouve et saisisse toujours de même dans tous les corps.

Ce n'est point la matière, ce n'est point la combinaison chimique ou atomique qui constitue la substance, et, à cet égard, nous sommes entièrement de l'avis de M. Marcadé, par la raison bien simple qu'il est rare que les parties contractantes portent leur attention sur l'état moléculaire de la chose à l'occasion de laquelle elles stipulent. Ce ne peut point être non plus dans la forme que consiste la substance. La forme est par elle-même trop incontestablement indifférente à l'existence de la chose pour qu'on puisse la considérer, en l'absence d'une mention spéciale, comme une condition déterminante du contrat. Quant à être dans la simultanéité de la forme et de la matière, comme le prétend M. Duranton, nous avouons qu'il nous échappe de quelle manière on pourrait l'y trouver, à moins de combiner une hypothèse qui ressortirait formellement du contrat.

Mais nous croyons, avec M. Larombière ², que la substance réside dans cette essence de la chose invisible et inaccessible aux sens, sur laquelle la volonté des parties s'est rencontrée; et nous pensons que c'est avec raison qu'en droit, comme en philosophie, on a donné à cet être immatériel le nom de substance, *SUBSTANTIA — QUOD STAT SUB MODIS*, parce qu'il supporte effectivement et réellement les qualités et les attributs de la chose.

De ce qui précède, il résulte que, pour expliquer l'art. 1110, il serait stérile de tracer, comme l'ont fait certains commentateurs et comme nous l'avons fait nous-même, une ligne de démarcation entre les différents ordres de qualités qui existent dans les choses; il serait inutile de rechercher à distinguer

¹ Taulier, en disant que la chose est la substance, a incontestablement commis une erreur (vol. IV, p. 263).

² Larombière, *Traité des obligations*, sur l'article 1110, n° 2, t. I, p. 42.

les qualités principales substantielles des qualités purement accessoires et accidentelles. Cette distinction suppose la solution du problème en question, et par conséquent ne le résout pas. D'ailleurs, la détermination d'une ligne séparative en ce point, quelque exacte qu'on puisse l'imaginer, est sans intérêt. La substance de la chose ne consiste pas, et nous l'avons démontré, dans les attributs de la chose auxquels, à cause de leur relativité, on réserve plus spécialement la dénomination de qualités, mais bien dans ce rapport d'utilité qui a été envisagé par les parties, rapport qui implique l'existence de la chose, qui, aux termes de la convention, en est l'élément nécessaire, qui est devenu l'essence sans laquelle cette chose ne serait pas ce qu'elle doit être, et n'aurait pas la réalité qu'elle doit avoir d'après la volonté formelle des contractants.

Cette manière d'entendre ainsi, et en quelque sorte restrictivement, l'expression *substance* dans l'article 1110, a amené forcément le législateur à édicter l'article 1641 du Code Napoléon. En effet, avec l'article 1110 compris de cette façon, le vendeur aurait pu livrer à l'acheteur une chose, présentant extérieurement les conditions inhérentes à la chose qui fait l'objet du contrat, paraissant avoir la substance déterminée au contrat, et cependant ayant des défauts cachés assez graves pour la rendre impropre à la destination promise et espérée, ou pour en diminuer notablement l'utilité. Si alors l'acheteur était venu se plaindre, le vendeur lui aurait répondu en lui montrant l'article 1110, et lui aurait dit : Il y a dans la chose que je vous ai livrée les conditions nécessaires et les éléments essentiels qui font qu'elle est bien la chose que vous demandiez, et qu'elle rentre bien dans le genre dont vous vouliez un individu ; donc j'ai rempli mon engagement. La convention ne m'oblige pas au delà. Vous vouliez un cheval, je vous ai livré un cheval et non un autre animal, partant tout est dit.

L'acheteur, quelque indignement qu'il fût trompé, n'aurait rien eu à répliquer ; force lui aurait été d'exécuter le contrat dans toute sa rigueur, de payer le prix convenu et d'accepter livraison de cette chose dont il serait possible qu'il ne pût faire aucun usage. Situation injuste évidemment, à laquelle la loi ne devait manquer de porter remède et que l'article 1641 a eu pour but de faire cesser en prévoyant le cas où la chose serait affectée d'un défaut ou d'un vice grave.

Le défaut dont il s'agit ici ne doit nullement atteindre la chose dans son existence ni dans l'élément déterminant du contrat, puisqu'au contraire, il suffit qu'il n'intéresse que la destination de la chose ou l'usage que l'on en peut faire. Or cet usage ou cette destination sont complètement intrinsèques à la chose et en supposent toujours la réalité. Mais, dans sa réalité, cette chose peut présenter différents caractères : elle peut offrir en excès des avantages ; elle peut, en sens inverse, avoir des imperfections ; elle peut, en d'autres termes, être meilleure ou pire que l'acheteur ne devait la présumer ; caractères qui ne touchent qu'aux manières d'être de la chose, qu'à ses qualités distinctives et propres.

L'article 1641 s'applique donc au cas où il y a eu erreur, non plus sur la substance, mais sur les qualités de la chose, pourvu toutefois que l'erreur provienne d'un défaut ou d'un vice non apparent qui rende la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée ou qui diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix si ce vice lui eût été révélé. Il faut que ce vice soit caché ou non apparent, car si l'acheteur avait pu le découvrir facilement ou s'il avait connu l'état de la chose, il ne pourrait pas se plaindre d'avoir été induit en erreur, et partant il ne pourrait invoquer le bénéfice que la loi lui accorde. Quant au vendeur, il importe peu qu'il ait ou non connu le vice, il doit la garantie dans un cas comme dans l'autre ; seulement, l'ignorance où il serait à cet égard lui permettrait de se prévaloir de l'article 1646 ou de s'abriter derrière l'article 1643, s'il s'était affranchi de toute garantie par une stipulation expresse, tandis que cette stipulation serait nulle et non avenue pour des vices qu'il aurait connus. Dans ce dernier cas, il encourrait la sanction de l'article 1645, c'est-à-dire qu'outre la restitution du prix, il serait tenu de dommages-intérêts à raison du préjudice causé.

Jusqu'ici nous n'avons envisagé l'erreur que relativement à son objet, et nous avons strictement analysé les caractères qu'elle doit présenter pour entraîner la nullité de la convention ; il nous reste à examiner ses conséquences lorsqu'elle provient du dol.

L'erreur provenant du dol produit les mêmes effets que l'erreur substantielle. En vertu de l'article 1116, le contrat devient annulable si la partie qui se prétend victime des manœuvres

caractérisées par la loi parvient à démontrer que, sans ces manœuvres, elle n'eût point contracté. Son consentement a été surpris, elle réproouve la convention qui lui préjudicie; il est juste de l'annuler et de remettre les parties dans le même état que si le contrat n'avait pas eu lieu, ou tout au moins d'accorder à la partie que le dol a froissé des dommages-intérêts pour réparation du préjudice éprouvé (art. 1382).

Mais si le dol, se joignant à la mauvaise foi, prend les proportions d'un danger social, si l'erreur qui dérive de manœuvres frauduleuses risque de porter atteinte à la sécurité indispensable aux transactions commerciales, la loi l'érige en un délit particulier spécifié et qualifié dans l'article 423 du Code pénal. Cet article, en effet, se trouve rangé parmi ceux qui répriment la violation des règlements relatifs au commerce. Voici ses premiers mots : « Quiconque aura trompé l'acheteur; » ce qui peut se traduire par cet équivalent : quiconque a, par des manœuvres dolosives et frauduleuses, induit l'acheteur en erreur...

Cependant l'emploi de manœuvres dolosives, pratiquées avec mauvaise foi à l'égard de l'acheteur, n'est point caractéristique du délit de tromperie prévu et puni par l'article 423; il faut de plus que ces manœuvres, agissant sur la marchandise qui a fait l'objet de la vente, aient eu pour résultat de la faire accepter pour ce qu'elle n'était pas; il faut, ainsi que le dit cet article, que l'acheteur ait été trompé sur la nature de la marchandise, et par ce mot *nature* les législateurs ont voulu faire comprendre que l'hypothèse qu'ils prévoyaient pouvait embrasser tout à la fois et l'article 1641 et l'article 1110 du Code Napoléon, c'est-à-dire, le cas où l'erreur provoquée porterait sur les attributs, sur les qualités de la chose en diminuant son utilité, en la rendant plus ou moins impropre à sa destination et le cas où elle affecterait sa substance.

Ils ne prévoyaient, directement par l'article 423, que la tromperie sur les caractères et les attributs de la chose; c'est en réalité le genre de tromperie le plus dangereux : facile à commettre et facile à dissimuler, son succès est certain; agissant sur la destination et sur l'utilité promise et espérée par les contractants, il a pour effet de mettre aux mains de l'acheteur un objet inutile et sans valeur, et ce dernier, qui ne se détermine à faire l'acquisition d'une marchandise et à y mettre le prix plus ou

moins élevé qu'on lui en demande qu'à raison de l'utilité qu'il en peut retirer et de l'emploi qu'il en peut faire, est infailliblement trompé par la bonne apparence sous laquelle on a eu soin de cacher un vice grave.

Indirectement, ils frappaient la tromperie sur la substance. Il est incontestable qu'elle devait être comprise dans le cadre de l'article 423 du Code pénal, puisqu'à l'aide d'une pareille fraude, l'acheteur reçoit effectivement une chose autre que celle qui avait fait l'objet du contrat et sur laquelle les parties avaient fixé leur attention. C'est en employant ce mot *nature*, lequel désigne les caractères propres et distincts de la chose, ses qualités et ses manières d'être qui toujours supposent son existence, et partant l'intégrité de sa substance, que les rédacteurs du Code pénal sont parvenus à faire rentrer par à *fortiori* sous la prévision de l'article 423, la tromperie qui agit sur la substance de la chose. Les caractères de la chose, c'est-à-dire sa nature, ne peuvent évidemment point se rencontrer sur une chose qui n'a point la substance en vue de laquelle les parties ont contracté; en d'autres termes, les caractères et les attributs de la chose étant les corollaires de sa substance, vivent et disparaissent avec elle. Or s'il suffit, pour que la tromperie soit punissable, qu'elle porte sur les caractères, sur les attributs ou qualités de la chose, celle qui touche la substance doit, à plus forte raison, tomber sous la sanction de la loi pénale.

Et maintenant que nous saisissons bien la pensée des législateurs, que nous savons bien ce qu'il faut entendre par la nature de la marchandise, que nous connaissons bien la valeur de cette expression, nous pouvons aisément juger le mérite des différentes définitions qu'on en a données. Aucune d'elles, il faut l'avouer, n'est exacte; l'interprétation même que nous avons appliquée à ces mots, dans notre TRAITÉ DES FRAUDES, et que nous avons rappelée en tête de cet notice, était incorrecte. Elle reposait à tort sur la distinction inutile entre les divers ordres de qualités qui peuvent exister dans les choses, et quoique présentant la double hypothèse que prévoit l'article 423, elle ne l'énonçait pas assez clairement.

Les définitions que nous avons extraites des ouvrages de MM. Calmels, Rendu et Émion, encore plus incomplètes, tendent à établir une confusion dont nous avons fait justice.

Reste enfin la définition de la Cour de cassation à laquelle

il est temps que nous arrivions. Quoiqu'elle soit digne de tout notre respect, tant parce qu'elle émane de jurisconsultes et de magistrats considérables que parce que, déjà consacrée par plusieurs arrêts ¹, elle est destinée à devenir la règle de l'avenir en faisant jurisprudence. Nous osons cependant en entreprendre la critique au nom des principes qu'elle semble méconnaître, ou tout au moins dont elle paraît s'écarter.

Selon la Cour de cassation, « le caractère essentiel du délit prévu par l'article 423, c'est que la tromperie porte sur la nature même de la marchandise, sur son essence et non sur sa qualité, soit que la fraude provienne de ce que la chose vendue a été donnée pour ce qu'elle n'a jamais été, soit que par un mélange étranger elle ait été tellement altérée que sa nature première ait disparu ou qu'elle ait été rendue impropre à l'usage auquel elle était destinée ². »

Nous devons reconnaître qu'il ressort de cette définition que la Cour de cassation a entrevu la double hypothèse à laquelle s'applique l'article 423. C'était du reste une nuance qui ne pouvait échapper à la sagacité d'hommes aussi habitués au maniement des textes que le sont les jurisconsultes de la Cour suprême; mais cette décision n'a pas d'autre bon côté, et l'on peut lui adresser de nombreux reproches sans même qu'il soit besoin, pour la combattre, d'exciper des vices de rédaction qu'elle contient ni de la pétition de principe qu'elle renferme.

Pourquoi établit-elle dans les choses une distinction absolue entre l'essence et les qualités? Nous avons vu que cette séparation, faite d'une manière générale et à un point de vue abstrait, n'a aucun fondement, qu'elle est même incompréhensible et qu'elle ne résout point le problème, puisque pour se rendre compte en quoi consiste la nature de la chose, il faut savoir ce qui constitue cette essence et ce qui la différencie des qualités. De plus, comme nous l'avons montré, comment concilier cette manière de voir avec le sens vrai de l'article 1641 qui suppose toujours un vice dans les qualités de la chose, et non pas du tout un défaut dans sa substance?

¹ 27 août 1858. — 3 fév. 1859. — 10 fév. 1859. — 29 nov. 1859. — 30 déc. 1859. — 22 fév. 1861.

² 27 août 1858, Cour cass., aff. Kargès.

On a souvent soutenu ¹, nous le savons, que l'article 423 ne pouvait point atteindre la tromperie sur la qualité de la chose vendue. Cet aphorisme est presque passé à l'état d'axiome en ces matières. Nous ne pouvons nous résigner à y souscrire, car, à notre avis, il ne repose que sur un argument de texte puisé dans l'article 423 lui-même qui oppose la qualité des pierres fausses vendues pour fines à la nature de la marchandise; or cet argument s'évanouit devant une circonstance de rédaction de l'article 423. L'idée de réprimer les fraudes commerciales, déjà en germe dans la loi du 19-22 juillet 1791, n'avait pas reçu une extension suffisante. Les rédacteurs du Code de 1810 l'avaient senti et ils songèrent à compléter la législation sous ce rapport; mais jugeant que la disposition de l'article 39 de cette loi devait être maintenue, ils la copièrent en tête du nouvel article qu'ils édictaient, sans s'apercevoir que les termes nouveaux, qu'ils employaient, comprenaient l'ancienne hypothèse tout en laissant prise à une controverse que les fraudeurs n'ont pas manqué d'exploiter à leur profit.

Ce n'est pas que nous prétendions que toute altération d'une qualité doive donner, dans tous les cas, ouverture à l'action pénale et rendre applicable l'article 423. Nous savons trop bien que les acheteurs se font une idée plus ou moins fautive, plus ou moins exagérée des qualités et des propriétés du produit dont ils ont l'habitude de faire usage, et qu'ils attachent souvent à quelques-unes d'elles plus ou moins d'importance suivant une mode ou un caprice particulier. Nous trouvons juste que le producteur et le commerçant, ayant un égal intérêt à l'écoulement de toutes les marchandises qu'ils exposent en vente, ne puissent être astreints à respecter des fantaisies qu'ils peuvent ne pas comprendre, parce qu'elles n'ont souvent ni base ni prétexte; mais nous croyons que c'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier le degré d'utilité que peut avoir la qualité défective pour la destination à laquelle la chose doit être employée; et que, si l'acheteur parvient à faire une justification complète à cet égard, le juge ne peut moins faire que de considérer la qualité la plus accessoire et la plus

¹ Carnot, Code pénal, art. 423. — Morin, *Répert. de droit criminel*, au mot TROMPERIE. — Chauveau (Adolphe) et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, vol. VI, p. 5.

contingente comme comprise dans l'article 423, car il aurait la preuve que cette qualité est nécessaire à l'usage auquel, aux termes de la convention, la chose est destinée.

Enfin, la définition de la Cour de cassation admet encore que la réalisation de l'hypothèse de l'article 1641 ne peut se rencontrer qu'à la suite d'un mélange, de l'immixtion d'une matière étrangère incorporée frauduleusement dans la marchandise; c'est une supposition qui nous paraît complètement gratuite, que les termes de l'article 1641 ni ceux de l'article 423 n'autorisent en rien : il y a là sans nul doute une confusion avec les caractères nécessaires du délit de falsification prévu et puni par la loi spéciale de 1851. CH. MILLION.

DE LA RÉFORME DU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE.

Par M. Gouin,
président au tribunal civil de Brest.

§ 1.

Les origines du jury remontent à l'enfance des sociétés modernes et s'expliquent par la barbarie. *Tacite* nous dit que dans les Gaules les procès criminels étaient dévolus à des assemblées générales, présidées par les chefs; et c'était bien là la forme la plus simple, l'idée la plus rudimentaire et la plus primitive. L'universalité jugeait l'exception, le nombre jugeait l'unité, et dans la horde ou dans la famille tout le monde était *pair*. Sous les empereurs, la vieille civilisation romaine apporta aux Gaulois ses *judices jurati* ou *selecti*, que le préteur choisissait à son gré, et qui, à défaut de salaire, se laissaient corrompre et se vendaient, comme les sénateurs du temps de Jugurtha. Le peuple, déjà, n'était plus consulté; plus tard, la royauté se localisa, et les anciennes formes firent place à des seigneurs terriens qu'assistèrent des *boni homines* ou notables élus, au nombre de sept ou douze. Toutefois, ce n'était plus alors le jugement de l'accusé par ses *pairs*, mais par les sommités, c'est-à-dire par l'exception. Les Carlovingiens et les *missi do-*

minici de Charlemagne modifièrent ces règles en ce que, pour ne pas détourner les seigneurs de leurs préoccupations guerrières, ils attribuèrent la présidence des placites et le choix des jurés à des officiers locaux et civils, nommés *scabini* ou échevins. Ainsi se manifestait la renaissance du droit.

Bientôt, après le X^e siècle, apparurent, avec les justices seigneuriales, ces plaids et ces assises trimestrielles, dont les juges, toujours choisis, procédaient sous la présidence d'un bailli, et déjà devaient être, suivant saint Louis, *des gens suffisans*. Il s'en fallait que l'unité de droit et de forme fût entière et identique dans ces juridictions ébauchées; seulement, si l'intervention du jury était obligatoire dans les causes criminelles, on reconnaît que les jurés prononçaient, comme ceux de Rome, d'instinct, selon leur conscience, et sans loi.

Voilà bien l'institution du jury, d'abord appropriée à l'enfance d'une société mouvante que la guerre ébranle, puis dégénéral et se modifiant au fur et à mesure que le pouvoir se transforme et que l'ordre et la raison s'assoient.

Du XI^e au XV^e siècle, dès que l'unité nationale fut indiquée, la royauté, comme suprême pivot, s'affermir sur sa base. L'organisation publique entra dès lors dans une voie plus conforme à l'intérêt de tous, et il semble que nos rois voulurent décharger les citoyens utiles d'une mission pénible et périlleuse, car des juges permanents furent institués et le jury entièrement délaissé. A cette période, en effet, se rattache la formation des parlements et des *olim* périodiques, c'est-à-dire l'abandon complet des assises tenues par les seigneurs et les communes, avec le concours des hommes de fiefs et des bourgeois citadins.

L'histoire n'a pas considéré ce progrès comme une spoliation, car s'il était un empiétement, l'empiétement était efficace et salutaire.

Saint Louis, par ses *Établissements* de 1260, avait substitué la preuve par témoins aux épreuves sauvages du fer chaud, de l'eau bouillante et du combat judiciaire. A dater du règne de Philippe le Bel, 1302, les parlements et les juges royaux envahirent toutes les attributions et toutes les juridictions. Était-ce un mal? Non, sans doute, car la puissance féodale avec ses justices seigneuriales, si arbitraires et si confuses, outre qu'elle était oppressive pour les communes, constituait un abus, une énormité, et contrariait, dans une extrême mesure, l'action de

la royauté; ce fut donc un progrès notable, puisqu'au lieu de la justice par le hasard, l'ignorance ou la servilité, c'était la loi qui reprenait son uniformité, son niveau, en se concentrant aux mains d'hommes spéciaux, assermentés et rétribués; c'était le droit qui montait à l'horizon, comme une lueur vivifiante.

Le jury disparut ainsi devant ce bon sens public, qui, de même qu'il combattait la providence du hasard en adoptant un prince pour diriger la nation, voulait avoir des juges fixes pour la juger et la punir. Si le jury s'est, à cette époque, maintenu en Angleterre, c'est que les rois de cette contrée, plus puissants ou plus heureux que les Carlovingiens, avaient, depuis le XI^e siècle, des magistrats ambulants qui parcouraient le pays et annulaient fréquemment les iniquités des justices seigneuriales. Un tel comportement était favorable à l'autorité souveraine, tandis qu'en France le jury féodal amoindrissait la royauté en procédant en dehors d'elle. Mais aussi que de sentences atrocement injustes le jury d'Angleterre a rendues, que de corruptions basses il a engendrées, en conservant une coutume des temps barbares! Voyez, par exemple, les jurés sous le règne de la grande Élisabeth. Le shérif les choisissait à son gré, et, s'ils ne condamnaient pas l'accusé, ils étaient traduits devant la *chambre étoilée*, puis frappés d'amendes énormes ou de prison. L'histoire de France n'a pas de ces énormités. Elle a enregistré des arrêts qu'il convient de flétrir. Mais pendant que le jury anglais mettait *Thomas Morus* à mort, nous n'eussions pas trouvé de jurés pour sévir contre *l'Hôpital*¹.

Après cela, comment se fait-il qu'au XVIII^e siècle les encyclopédistes, et avec eux *Montesquieu*, *Beccaria*, *Filangieri*, se soient encapuchonnés de l'institution du jury, et l'aient considéré comme la plus précieuse garantie de la liberté individuelle? Le professeur *Blackstone*, à la vérité, avait fait entendre, du haut de la chaire, cette phraséologie spéculative et toute nationale; mais était-ce une suffisante raison pour demander, en principe, que l'accusé fût jugé par ses pairs, comme en Angleterre, en Amérique? Est-ce que les juges commis par le

¹ Il est assez remarquable que dans les îles Normandes qui s'adjugent à tort l'honneur d'avoir inventé le jury, on cherche aujourd'hui à lui substituer des juges fixes et payés. Cette tendance est générale à *Jersey*. Quand à l'île de *Guernesey*, elle a bien ses jurés administratifs, mais elle ne les a jamais admis en procédure criminelle.

(Note de l'auteur.)

prince n'étaient pas aussi bien les égaux des inculpés que les jurés épurés du moyen âge? Malheureusement, en France, où les émanations de la royauté étaient, comme la royauté elle-même, en état de suspicion, la manie de l'anglicanisme allait jeter l'opinion sur une pente funeste, et déjà s'inoculait en nous cette injuste et contagieuse défiance du pays envers les pouvoirs publics, qui devait affecter pour longtemps le principe d'autorité.

Un jour, *Bergasse* vint dire magistralement à la Constituante que les formes du jury anglais étaient les seules applicables à la France régénérée. *Elles étaient autrefois les nôtres*, ajouta-t-il, *et il importe d'y revenir, parce que ce sont les seules qui soient humaines.*

Durant six séances fort curieuses, l'Assemblée discuta cette question si simple, et peu s'en fallut, après des rapports de *Barrière* et de *Thouret*, qu'on ne se laissât aller, tant l'engouement était endémique, à étendre le jury des affaires criminelles aux causes civiles. *Regnier* insistait dans cet ordre d'idées, et *Buzot* protestait. *Garat* acceptait bien les jurés, mais choisis, éclairés, et *Sieyès* l'appuyait. La discussion fut pénible et complexe. Elle aboutit néanmoins à un résultat que la nation n'avait pas prévu, car, en présence de ces hommes d'élite proclamant la réforme comme un progrès nécessaire, le plus grand nombre des députés applaudissait, craignant, par instinct, le reproche de rétrogrades et obéissant à cet imperceptible amour-propre personnel qui a, chez nous, enfanté autant de fautes que de ruines.

Enfin, la loi du 30 avril 1791 décréta l'intervention du jury en matière criminelle et la repoussa quant au civil. L'exclusion du civil était une contradiction flagrante, une conclusion fautive et illogique en tous points, dès qu'il est admis que l'honneur et la fortune du citoyen ont autant de prix que la liberté, dès que la privation de l'un et de l'autre de ces biens plonge la famille du condamné civil ou criminel dans un état de misère et d'affliction égal. Quoi qu'il en soit, le principe, une fois voté, fut admis sans conteste dans la loi organique du 24 août 1790, puis dans les constitutions passagères de 1791, 1793, de l'an II et de l'an VIII. A la vérité, l'exercice du jury fut souvent suspendu en 1793 et par raison d'État, dans les départements où le patriotisme était tiède et prévoyait d'inévitables réactions. Il

offrait trop de garanties aux citoyens et il n'en donnait plus à la loi. Suivant l'expression de *Bergasse*, n'était-il pas le seul qui fut *humain*? Le jury pourtant ne périt pas; mais, ballottée entre ces deux extrêmes de la rigueur et de la mansuétude, l'institution perdit tout crédit.

Quand put éclore librement la grande pensée d'une codification pénale, le Conseil d'État fut, à son tour, chargé d'examiner la question. Qu'arriva-t-il alors? Le 16 prairial an XIII, *Siméon* déclara courageusement que l'épreuve du jury n'avait pas été heureuse, et que les juges offraient plus de savoir et de sûreté que les jurés, lesquels, effrayés de l'importance de leur fonction insolite et des suites de leur verdict, se trouvaient trop heureux du droit d'absoudre. Les jurés, disait *Siméon*, sont bien juges du fait; mais les tribunaux sont-ils donc incapables de l'être, et les magistrats ne seraient-ils pas les meilleurs jurés?

Portalis, *Boulay*, *Bigot*, par une vigoureuse argumentation, défendirent la même thèse et demandèrent nettement la suppression du jury. De leur côté, *Berlier*, *Reynaud* et *Treilhard* la combattirent par des moyens de scolastique chicanière qui produisirent leur effet. *La séparation du fait et du droit*, disaient-ils, *met chaque chose à sa place; elle évite l'établissement d'une corporation d'hommes chargés exclusivement de prononcer sur la vie et sur l'honneur des citoyens et enclins à la sévérité par l'endurcissement de l'habitude*. C'était faire le procès aux juges de l'ordinaire et conclure virtuellement à l'abolition des tribunaux, même en matière civile. Néanmoins on ne discerna pas ce qu'il y avait d'inconsistance et d'erreur dans cet étrange raisonnement, et, après un résumé très-sage de l'empereur lui-même, le jury fut encore une fois maintenu.

Notons, en effet, que Napoléon, sans s'opposer à ce maintien, avait reconnu : 1° que les gouvernements tyranniques trouvaient plus d'avantages dans les jurés que dans les juges; 2° que les tribunaux par jurés avaient été les plus terribles; 3° que les magistrats, avec le rempart des formes et de l'habitude, étaient une barrière contre les condamnations injustes, et 4° que le jury était très-difficile à composer. C'était de l'histoire, et l'empereur la connaissait mieux que les novateurs de ce temps-là.

Quatre années passèrent durant lesquelles le gouvernement constata que le jury avait rempli sa mission avec autant de fai-

blesse que de répugnance, et que les jurés s'étaient montrés peu aptes et *peu éclairés*. Un jour donc, le 30 janvier 1808, deux hommes éminents, *Montalivet* et *Cambacérés*, déclarèrent au Conseil d'État que l'épreuve était suffisante. En théorie, disaient-ils, le jury peut avoir l'apparence d'une garantie réelle; mais il n'est conforme ni aux mœurs ni à l'esprit de la France et ne saurait produire de bons résultats. L'empereur assistait à ce débat, et, comme on connaissait sa pensée intime, on crut un moment que la réforme encyclopédique allait succomber. Il n'en fut rien. *Treilhard* et *Berlier* répétèrent avec dédain que les vices du jury provenaient moins de l'institution que d'une mauvaise organisation, et le Conseil, par son vote, lui donna raison.

Mais la minorité était convaincue et persistante. Quelques jours plus tard, à l'occasion d'un projet pénal, *Joubert* attaqua vivement le jury, et en argumentant du vœu national ou de l'opinion publique, il sollicita un nouveau vote. La tentative, comme précoce, était toutefois inopportune, et *Berlier* entraîna l'Assemblée à couronner, encore une fois, ses paradoxes et ses sarcasmes. « Qu'est-ce donc que ce vœu national? s'écria-t-il. « La répugnance de quelques jurés et le désir qu'éprouvent « quelques magistrats d'étendre leurs attributions... Voilà ce « qu'on confond avec le vœu de la nation. Si le législateur « aperçoit quelques résistances, ce ne doit être que pour les « faire cesser et les vaincre. » Et tout fut dit. Quand on passionne un débat, les hommes de sens se voilent ou se taisent, et la tactique était habile.

Après cette suprême épreuve, le jury fut définitivement admis dans nos Codes, et tous les gouvernements que la France a traversés ont vu en lui un avantage pour le pouvoir en le présentant comme une garantie pour les citoyens. Offrirait-il ce singulier dualisme?

Napoléon I^{er} disait au Conseil d'État : *Le jury est une bonne ou mauvaise institution, selon que les jurés sont bien ou mal choisis.*

Or s'il fallait les choisir, ce n'était plus appliquer le principe du 16 septembre 1790 qui proclamait jurés, de droit, tous les électeurs : c'était simplement reconnaître l'excellence de la loi de nivôse an II et du Code de brumaire an IV, lesquels confiaient à l'agent national du district et à l'administration départe-

tementale la composition des listes. Aussi le Code de 1808 abandonna-t-il nettement aux préfets la confection et l'épuration de ces listes. On faisait ainsi abstraction de l'indépendance attachée au titre d'électeur; mais on conjurait en partie la funeste chance de n'avoir pour jurés que des hommes faibles, sans caractère ou sans culture. Si la disposition pouvait paraître impolitique aux ombrageux, au moins était-elle sensée. C'était comme un bourrelet qu'on plaçait autour d'une porte vermoulue, pour ôter passage à l'air libre.

Le jury fonctionna dans ces conditions jusqu'à la restauration. On sait comment alors la défiance débordait de la presse sur l'opinion. Le libéralisme de l'époque ne tarda pas à apercevoir et à mettre en relief cette dégénérescence flagrante du jury; mais Charles X ne se souciait nullement de se dessaisir d'une prérogative à ses yeux aussi forcée que nécessaire, et la loi du 2 mai 1827 laissa encore aux préfets le soin de la formation des listes. Quant aux jurés, ils étaient désignés, élus dans ce qu'on nommait les *capacités*. En d'autres termes, c'était l'exception et non la généralité qui jugeait l'exception. Mais, au fond, les chambres le reconnaissaient, cela valait mieux que l'idée fantasque de prendre les jurés, à tour de rôle, dans les électeurs inscrits, et nul ne voulait admettre le cens électoral comme critérium de l'aptitude, c'est-à-dire s'abandonner au hasard, le plus funeste des expédients politiques.

Voilà comment, en cherchant de bonne foi à coordonner les tronçons d'une institution qu'il fallait abolir, les gouvernements du passé ont encouru le reproche de machiavélisme.

En effet, puisqu'on voulait des jurés *idoines et d'élite*, il semblait naturellement logique de recourir aux juges de l'ordinaire, qui tous étaient élus par le prince et acceptés par le pays, en raison de leur diplôme et de leur modeste intégrité. Malheureusement les courants de l'opinion ne portaient pas l'esprit public à ce retour radical. Depuis l'intronisation du régime représentatif, les fonctionnaires de l'État étaient considérés par les hommes les plus avancés comme les *leudes* de la royauté, comme ses serviles obligés. Tout au plus étaient-ils citoyens, tant il est vrai qu'on les déclarait importuns, gênants et félons dans les chambres où pourtant ils étaient, par leurs habitudes pratiques, indispensables à la confection des lois.

Comment donc, depuis soixante ans, le pouvoir est-il réputé

contraire aux aspirations de la société française, et comment un gouvernement pourrait-il ignorer qu'en s'obstinant à lutter contre l'esprit public il ne retarde que l'heure d'une convulsion suprême? Si l'Angleterre a dans ses chefs une confiance que rien n'ébranle, n'est-ce pas pour cela qu'elle est si forte?

Ce préjugé, pourtant, ne s'est point oblitéré, et déjà vous entendez des politiques fâcheux reprocher aux députés de l'empire d'être des fonctionnaires rétribués et satisfaits.

En 1848, l'Assemblée nationale, imbue de ces idées étroites et des préjugés de 89, ne songea même pas à supprimer le jury. Sans l'étendre au civil, elle le conserva au criminel; mais, à peine née, elle était soupçonneuse et méfiante. Si elle ne voulait pas se livrer, pour le choix des jurés, à la providence du hasard, elle tenait à soustraire les listes à l'arbitraire administratif, et cette antinomie manifeste était d'une solution d'autant plus difficile que les hommes les plus aptes et les plus utiles appartiennent, quoi qu'on fasse, à la classe des fonctionnaires. On chargea donc une commission cantonale, présidée par un conseiller général, de la désignation des jurés. On avait foi dans cet expédient, parce qu'on méconnaissait l'esprit et les mœurs du pays. Bientôt les influences locales et le désir de s'exonérer d'une fonction, qui n'était qu'une charge, traversèrent cette combinaison, et la réforme échoua.

Ce fut dans ces circonstances qu'intervint la loi du 4 juin 1853 qui nous régit, loi qui repoussa toute assimilation entre l'électeur et le juré et appela au jury toutes les notabilités et capacités des départements. L'article 8 attribue encore aux juges de paix le soin de la préparation des listes, et Dieu sait combien, dans ces choix même, des choix seraient à faire pour que la garantie de la société et de l'accusé fût entière. Toutefois, la loi ne s'arrête pas à cette disposition, et ce sont les préfets qui pointent et désignent, sur les listes ainsi établies, les jurés de l'arrondissement.

Voilà comment, de la pensée de faire juger l'accusé par ses pairs, nous en sommes venus à prendre, par épuration, les jurés dans les exceptions, ainsi qu'à imposer au bon sens et à la fortune un lourd labeur dont l'ignorance est, par la force des choses, affranchie; voilà comment le pays a modifié, douze fois en soixante ans, une vieille forme empreinte d'un vice radical et aussi funeste aux gouvernants qu'aux jurés, en ce

qu'elle met en doute la loyauté des premiers tout en amoindrissant la liberté des seconds.

En 1848, des théoriciens malavisés reproduisirent, pour la troisième fois, l'étrange proposition d'appliquer le jury *aux affaires correctionnelles et civiles*, — ce qui devait avoir pour effet de confier à quelques citoyens, et non à tous, le sort de 118,000 *procès* et de 210,000 *inculpés* par année moyenne. Nous l'avons dit déjà, ces libres penseurs avaient pour eux la logique, puisque les intérêts ont une importance identique dans l'ordre civil et dans la sphère du droit pénal. L'Assemblée repoussa néanmoins cette aberration qui ne tendait à rien moins qu'à une impossibilité, la gratuité des fonctions publiques. Mais en lisant le rapport du député *Langlais*, il convient de s'étonner que cet honorable législateur, qui reconnaissait si profondément le vice radical du jury, ait préféré les paradoxes de *Bergasse* au sens si droit de *Portalis*.

§ 2.

Puisqu'on persiste dans la délicate entreprise de reviser nos lois criminelles, le moment est peut-être arrivé d'examiner jusqu'à quel point le jury est compatible avec nos mœurs, notre esprit, notre caractère et nos fortunes. L'institution a été, dans le passé, mal opérante et, par la force des choses, délaissée. Voyons si elle fonctionne mieux de nos jours.

Que sont présentement les jurés ?

Des juges d'élite et d'exception dont la singulière obligation est de ne pas connaître la loi, parce qu'ils ne doivent contempler que le fait ;

Des juges faibles et timorés, pour la plupart, en présence de la responsabilité des peines résultant de leur verdict ;

Des juges blâmant ouvertement l'institution qui les agace et les blesse par les scrupules qu'elle engendre, les inquiétudes qu'elle laisse et le trouble qu'elle apporte ;

Des juges qui, dans leur ignorance de la loi pénale, sont fréquemment conduits par des praticiens qui la discutent et la commentent, sans contradiction possible ;

Des juges ayant une profession, une industrie, une famille qu'ils doivent abandonner sans une indemnité suffisante et

contrairement au vieux principe de la rémunération des services ;

Des juges qui s'étonnent, à bon droit, que toute fonction ne soit pas rétribuée et qui se demandent, par ironie, pourquoi, par une fantaisie de même nature, on ne soumettrait pas au jury la connaissance des procès civils, correctionnels et administratifs ;

Des juges qui, une fois dans cette voie, proclament magistralement qu'un service non rétribué est toujours mal accompli, et que c'est, à la fois, un anachronisme et une faute de ne pas allouer un traitement aux jurés, lorsque les plus hauts et menus emplois, depuis le ministre jusqu'au garde champêtre, reçoivent leur part du budget public ;

Des juges qui envisagent leur fonction comme une charge et un impôt sans équité, en ce que cette fonction n'atteint pas tous les citoyens ;

Des juges qui, par cela seul qu'ils remplissent une mission temporaire et gratuite, arrivent souvent au prétoire avec le parti pris de repousser toute répression extrême ;

Des juges qui mentent des récusations, parce qu'en dehors de la responsabilité qu'ils appréhendent, leurs intérêts de médiocre fortune sont parfois compromis par un dérangement d'une certaine durée ;

Des juges sans égalité de loisir, de lumières, de sagacité et d'indépendance, qui sont sévères s'ils habitent des centres agglomérés, et timides s'ils vivent aux champs, isolés ;

Des juges qui, malgré les meilleures intentions, subissent, au hasard, des courants immodérés d'indulgence ou de rigueur, en raison, soit d'une croyance donnée, politique ou religieuse, soit encore de la répugnance et de l'aversion que la loi du jury leur cause ;

Des juges qui, dans les campagnes, ont vingt fois pardonné des infractions plus répréhensibles que celles qu'ils sont appelés à flétrir, et qui savent se taire sur leurs rigueurs et se vanter de leur faiblesse ;

Des juges reconnaissant, comme pour décrier l'institution qui les détourne de leurs affaires, que la juridiction normale et correctionnelle sévit plus efficacement que le jury et serait plus socialement utile ;

Des juges qui vous disent que le jury devrait constituer une

forme occasionnelle, sans permanence, réservée et faite pour les temps d'exception, parce qu'il est aux tribunaux organisés ce que le garde national est à l'armée ;

Des juges, enfin, qui seraient heureux de n'être jamais jurés, qui n'obéissent qu'en maugréant, et qui sauraient se soustraire à cette dure prérogative, sans l'amende qui les contraint.

Nous avons dit que le jury datait de loin. Depuis 89, il fonctionne péniblement chez nous, à l'instar d'un vieux soc retrempe que traînent des chevaux aveugles. Il a été retouché, refondu, abandonné souvent. La restauration le conserva, parce qu'elle crut en tirer profit, peut-être aussi parce qu'elle eut l'étrange naïveté de supposer que le peuple de France, si puissant par les armes, avait été instruit et éclairé par les péripéties de la révolution et de la grande épopée impériale. Elle se trompa. Le jury n'est point entré dans nos mœurs, et s'il nous est antipathique, c'est qu'une nation qui rémunère ceux qui la servent est fondée à attendre de ses gouvernants sécurité et protection, sans mettre elle-même la main aux choses de la police et de la vindicte sociales.

Il n'y a que les pays que l'on gouverne mal qui se substituent à l'action souveraine, et c'est, pour eux toujours, une lourde nécessité. Le jury remonte aux origines nationales, à l'enfance des sociétés modernes, c'est-à-dire à une époque durant laquelle le pouvoir royal, encore indéterminé, abandonnait les Anglo-Saxons aux rivalités du brigandage et aux vengeances de famille. Il avait alors sa raison d'être dans l'état de la nation. Le vieux municipe romain naquit aussi du malaise des communautés et fut utile à son heure ; mais dès que la royauté se fixa, dès que l'ordre se répandit à l'ombre de son aile, il fallut bien condamner les municipaux à l'amende, pour les contraindre à la gratuité de leur mandat. Nous admettons qu'à la suite de ces édits, l'assiduité fut plus entière. Toutefois, nul n'ignore comment nos rois conféraient aux maires l'honneur de porter l'épée aux États de la province, et pourquoi les corps de ville se *régalaient* périodiquement, aux frais de la commune. Il n'y a, en effet, qu'une récompense autre que celle de la conscience qui soit de nature à relever le zèle, à effacer les dégoûts et conjurer les défaillances.

Justinien était sensé, lorsqu'il disait aux *defensores* gratuits qui sommeillaient : « Réveillez-vous ; nous ordonnons qu'il

vous sera accordé des pensions par le prince et par le peuple. »

Nous ne rechercherons pas s'il convient d'accuser le jury américain d'avoir, par sa mollesse, ses lenteurs et ses impunités, provoqué l'exhumation de la loi de *Lynch*. Mais n'est-il pas notoire que cette affreuse coutume des exécutions sommaires, chez les Yankees, ressemble, comme certains de nos verdicts, à une protestation contre une loi vicieuse ?

Que répond le juré à ceux qui lui reprochent son indulgence ? Il répond nettement ceci : « Je ne suis pas Anglais, et la justice ne me regarde pas. Dès que j'ai payé mes impôts, la loi me vole mes loisirs et est mauvaise. »

C'est que la France a son tempérament à elle, et ne veut être ni anglaise ou américaine, ni turque ou chinoise. C'est que le jury de hasard est une institution arriérée qui devient incommode et inopportune dès qu'une nation parvient à la virilité et peut trouver, dans son propre sein, des juges *souffisans*, idoines et probes. Laissons donc là les lois saxonnes. A l'exception du cautionnement qui profite aux accusés et qui serait, chez nous, impraticable, à raison de ses exorbitances, les formes de la justice anglaise sont plus lentes et plus tortueuses que les nôtres. Rien n'y est enviable, et *Montaigne* dit, avec son grand sens, que chaque peuple a *ses coutumes et usances qui, pour les autres, seraient farouches*. La France, d'ailleurs, a foi dans ses gouvernants et dans les magistrats qu'ils nous donnent. N'est-ce pas reconnaître que les juges de l'ordinaire sont aussi libres, aussi fermes et droits que les droguistes, les banquiers, les cultivateurs et les oisifs que nous transformons en jurés ?

Que pourrait-on opposer à la réforme qui restituerait aux tribunaux institués la connaissance des affaires criminelles ? Rien de spécieux.

— Ces tribunaux offrent des garanties incontestées d'aptitude, de lumières et de froide impartialité ;

— Ils sont déjà, au correctionnel, plus sagaces, plus répressifs ou plus justes que le jury ;

— Ils empiètent, de plus en plus, sur le domaine du jury, et les courants de l'opinion, ainsi que la loi même, encouragent cette tendance ;

— Ils ont l'habitude de cette impassible correction qui jamais n'interdit l'indulgence ;

— S'ils pouvaient s'impressionner de la responsabilité de

leurs actes; ils trouveraient une large compensation dans la placide inamovibilité de leur fonction, dans la modeste position qui leur est faite et dans la considération qui les environne;

— Ils sont les juges que le jury réclame et que les accusés redoutent;

— Ils seraient les meilleurs jurés, et la loi les rejette de la liste même des jurés;

— Ils rempliraient cette mission comme ils l'ont remplie pendant des siècles, et sans la répugnance qu'éprouvent ceux qui la subissent;

— Ils ne blâmeraient plus, comme *Portalis*, une injustifiable énormité qui a pour règle le hasard;

— Ils mettraient enfin en relief la flagrante inanité de ce préjugé politique qui a conduit les encyclopédistes et la Constituante à considérer le jury anglais ou américain comme une sauvegarde, une garantie et un progrès.

Cela dit, si ce retour aux anciennes formes semblait trop rétrograde ou malavisé, il serait encore possible de modifier le jury, par la voie du suffrage universel et par l'application du principe de la rémunération.

Trois articles de loi suffiraient :

1° Les cantons de chaque département choisiront, dans leurs domiciliés, *inter probatissimos et ditissimos*, comme devaient être les magistrats de *Théodose* et de *Justinien*, un citoyen qui sera investi des fonctions de juré pendant trois ou cinq ans;

2° Les jurés, ainsi élus, devront se rendre au chef-lieu départemental, aux époques des assises, pour prononcer sur les affaires qui leur seront soumises;

3° Chaque juré recevra une indemnité de 1,200 francs par an, laquelle sera prélevée sur le budget des communes et au prorata du revenu de chacune d'elles.

Les autres dispositions relatives aux formes, aux récusations et aux amendes seraient maintenues.

A l'aide d'une telle transformation, le jury approcherait, dans la mesure la plus réalisable, de la vérité que le législateur cherche depuis soixante-dix ans;

— Il échapperait à la funeste loi du hasard;

— Il ne serait plus une charge, un impôt pesant sur les plus capables, mais une fonction de confiance, une récompense enviable et une distinction réelle;

— Il rassemblerait périodiquement les esprits les plus éclairés des départements et contribuerait à bien faire connaître l'opinion publique vraie que des administrateurs ignorent ou méconnaissent;

— Il aurait ainsi plus d'efficacité que les conseils généraux qui ne se réunissent qu'une fois l'an;

— Il deviendrait un corps d'hommes spéciaux, lesquels se perfectionneraient par l'étude, par l'exercice et par la durée de leur mandat;

— Enfin, au triple point de vue de la répression sociale, de l'administration locale et de la situation politique, il remplacerait utilement les classes insaisissables, décousues et babéliques des jurés que nous conservons.

Quant au suffrage universel, il fonctionnerait dans cet ordre d'idées, avec sagesse et sûreté, sans direction nécessaire.

Assurément, une loi de cette nature ne soulèverait pas la réprobation du pays, car s'il existe de puissantes raisons, soit pour confier le criminel aux juges de l'ordinaire, soit pour donner les mains à la réforme que nous indiquons, il n'y en a pas pour persévérer dans le système actuel.

En effet, Montesquieu l'a dit, *Esprit des lois*, chap. 2, le peuple ne doit faire par lui-même que ce qu'il peut faire.

GOUIN.

ÉTUDE SUR LE DROIT DE SUCCESSION.

DEUXIÈME ARTICLE¹.

DE CEUX QUI PROFITENT DE LA SAISINE ET DE CEUX QUI NE PEUVENT EN INVOQUER LES BÉNÉFICES.

Par M. A. HUREAUX, juge au tribunal de Charleville (Ardennes).

66. *Méthode.* — Nous avons vu, dans l'étude précédente, l'origine et les caractères de la saisine; nous avons maintenant à rechercher :

¹ V. *Revue critique de législation*, t. VIII p. 315-343, et t. IX, p. 371-411.

- 1° Quels sont ceux qui sont appelés à ses faveurs ;
- 2° Quels sont ceux qui ne peuvent en revendiquer les bénéfices ;
- 3° Et enfin quels sont ceux qui auraient pu en profiter, mais qui ne peuvent plus le faire, soit parce qu'ils s'en sont rendus indignes, soit parce qu'ils l'ont répudiée, soit parce qu'ils l'ont perdue par une nécessité juridique, c'est-à-dire par la prescription.

Nous diviserons cette étude en deux chapitres.

Dans le premier, nous traiterons de la capacité et de l'incapacité des successeurs en général ;

2° *Dans le second*, nous nous occuperons de ceux qui ont été originairement saisis utilement du droit de succéder, mais qui, pour un motif ou pour un autre, ne peuvent plus revendiquer à leur profit les bénéfices de la saisine.

CHAPITRE I^{er}.

DES SUCCESSEURS EN GÉNÉRAL ; DE LA SUCCESSION A LA PERSONNE ET DE LA SUCCESSION AUX BIENS ; DE LA CAPACITÉ ET DE L'INCAPACITÉ DES SUCCESSIBLES.

SOMMAIRE.

67. Des successeurs en général.
68. Anciennes formules de la base du droit de succession.
69. Droit romain. *La loi seule fait les héritiers.*
70. Droit français. *Dieu seul fait les héritiers.*
71. L'institution d'héritier vaut comme *legs universel*. Obligations des héritiers légitimes et des successeurs aux biens.
72. Système ancien adopté par le Code. Dissentiment avec plusieurs interprètes.
73. Résumé de la question.
74. Conclusion.

67. *Des successeurs en général.* — Puisque la saisine, *lato sensu*, est, dans notre législation, le mode par lequel se transmet et s'acquiert l'hérédité, il est clair que tous ceux qui seront appelés par la loi à recueillir la totalité ou une quotité de l'universalité juridique, seront saisis ou investis, *ipso jure*, de ce qui leur aura été assigné. Mais il y a, sous plusieurs rapports importants, une distinction fondamentale à faire sur les caractères différents des diverses classes de successibles. Cette distinction, consacrée par le législateur, a sa base dans

les intérêts bien entendus de la famille et dans le respect dont il s'est toujours plu à l'entourer.

Elle consiste en ce qu'il existe deux espèces de successions et par conséquent deux espèces de successeurs : 1° *la succession à la personne et aux biens*, 2° *et la succession aux biens seulement*¹.

Les membres de la famille légitime, utilement appelés, sont les seuls qui puissent jouir du droit de succession complet. Les successeurs irréguliers, les légataires et donataires de succession ne sont pas des *héritiers proprement dits*; ils ne sont que des *successeurs aux biens* laissés par le défunt, sans être les continuateurs de sa personne.

68. *Des héritiers proprement dits.* — *En droit romain, la loi seule fait les héritiers; en droit français, Dieu seul fait les héritiers.* Un mot sur ces deux maximes qui dominent toute la matière.

69. A. *Droit romain : la loi seule fait les héritiers.* — En effet, la délation de l'hérédité ne procède au fond des choses et ne peut procéder que de la loi civile, soit qu'elle appelle tels ou tels successibles, soit qu'elle permette à l'homme de les appeler pour elle, c'est-à-dire d'établir un ordre de succession autre que celui qu'elle consacre.

Dans le premier cas, le législateur obéit à la raison naturelle, qui, comme une loi non écrite, appelle les enfants et même les autres héritiers du sang à la succession de leurs parents²; *dans le second cas*, il craint de heurter ce penchant de notre cœur qui nous porte à récompenser ceux qui ont acquis particulièrement notre affection, sans toutefois vouloir encourager cet autre sentiment moins noble qui nous excite à punir ceux qui auraient dû faire ce que la nature leur enjoignait de faire pour mériter cette affection, sinon pour l'obtenir!...

Ainsi, de quelque côté qu'on envisage le droit de tester, il faut toujours remonter à la loi pour en trouver la véritable origine. Il est si vrai que les Romains comprenaient la question sous ce point de vue, que le testament était chez eux, dans le

¹ Art. 723, 756 C. Nap. Dans ce sens, les successeurs aux biens sont saisis de ce qui leur revient comme les héritiers légitimes. Seulement les saisines sont différentes dans leurs principes.

² V. Domat, *Lois civiles*, préface du chapitre sur les Successions. La matière y est traitée d'une manière supérieure.

principe, *une véritable loi*¹. Ils allaient même jusqu'à exiger qu'il fût fait, *calatis comitiis*, dans l'assemblée des comices, en temps de paix, et *in procinctu*, c'est-à-dire devant l'armée prête à entrer en campagne, en temps de guerre; sans doute pour qu'il pût, à l'aide de ces moyens, obtenir l'autorité de la puissance législative².

Il était, alors surtout, vrai de dire que la transmission d'une hérédité était pour l'héritier une acquisition *lege*.

Ce principe s'est altéré ensuite, ainsi qu'on peut le voir par l'histoire du droit de tester; mais la base du testament, chez les Romains, a toujours été l'institution d'un héritier (*hæres, heres*), c'est-à-dire d'un maître de l'hérédité.

Comme notre intention n'est pas d'entrer dans les détails de la législation romaine, nous n'en dirons pas davantage sur ce point. Nous passons donc au second principe, beaucoup plus important pour nous et si souvent faussé dans l'application, de nos jours, par suite des empiétements de la pratique et aussi un peu, ne craignons pas de le dire, par un oubli involontaire, sans doute, de la part de la magistrature qui est appelée à interpréter la loi et non pas à la faire³.

70. B. *Droit français : Dieu seul fait les héritiers*. — Quoique ce principe fondamental ne soit point ainsi formulé dans les textes coutumiers, nous ne devons pas moins l'admettre comme étant le pivot de tout le système de l'ancienne jurisprudence française sur la matière que nous traitons.

En effet, si les lois romaines considèrent les citoyens qui veulent user du droit de tester comme des législateurs dans leurs propres familles, en leur laissant le pouvoir absolu de créer des *héritiers*, un principe tout contraire a été généralement admis en France dans celles des provinces (c'étaient les plus nombreuses) qui n'étaient pas régies par le droit civil.

Institution d'héritier n'a point de lieu..., disent nos anciennes coutumes : ce qui signifie que *Dieu seul fait les héritiers* et

¹ Loi des Douze Tables ; table V : le mot *legassit* qu'on y lit signifie *legem tulerit*. Dicit testator et erit *lex*.

² Le testament, à Rome, était un acte par lequel le testateur disposait de l'universalité de ses biens en faveur d'un héritier institué, suivant les formalités requises (V. Ulpien, frag. xx, 1, et les tit., ff., *Qui test. facere possint*, et les autres titres relatifs à la matière).

³ C. Nap., art. 5.

que, par conséquent, la loi coutumière ne reconnaît pas à la volonté de l'homme la puissance nécessaire pour créer un successeur à sa personne.

Cette manière de poser la question nous semble accuser chez nos pères une perception plus nette que chez les Romains des lois de la nature, et il faudrait bien se garder de toucher à cet excellent système si ses bases n'étaient pas quelque peu gênantes et même parfois hostiles aux intérêts des crédits personnel et foncier; mais, comme nous avons déjà eu occasion de le remarquer, cette théorie coutumière, si favorable à la stabilité de la famille et de la propriété, a reçu bien des atteintes depuis les révolutions qui ont changé tant de choses en France, et ce qui en reste dans le Code Napoléon se trouve souvent mal à l'aise au milieu de la multitude des intérêts mobiles de la civilisation actuelle : de sorte que, dans un avenir inconnu, il est possible que cette distinction fondamentale de la succession à la personne et de la succession aux biens disparaisse pour faire place à l'unité et à l'égalité complète de tous les successeurs *per universitatem*. Qu'on observe avec attention les tendances de la pratique et même de la jurisprudence des tribunaux sur ce point fondamental du droit de succession, et l'on sera étonné du chemin déjà fait dans la voie révolutionnaire. Si l'on avait dit à Loyseau, au commencement du XVII^e siècle, qu'un jour on agiterait gravement, au palais, la question de savoir si le légataire universel et les autres successeurs aux biens devaient ou ne devaient pas être tenus des dettes de la succession, *etiam ultra vires bonorum*, il aurait certainement ri au nez de celui qui lui aurait fait part de ses prescruces à cet égard!... Et cependant!... ouvrez nos revues et nos recueils de jurisprudence, vous les voyez se remplir de dissertations sur la nature de l'obligation de ces sortes de successeurs!... Ce fait constant révèle, ce nous semble, un besoin qui n'est pas encore défini. Il y a, dans l'air que nous respirons, quelque chose à cet égard; et, bien qu'en ce qui nous touche personnellement, nous croyons devoir nous rattacher aux institutions conservatrices de la famille avec d'autant plus de ténacité que les aspirations du siècle semblent lui être plus hostiles, nous ne perdrons jamais de vue que le problème qu'il s'agit de résoudre consiste surtout à donner, avec une juste balance, des satisfactions légitimes à ces deux grands intérêts

opposés. Il ne faut pas se le dissimuler, la famille et le public nous apparaissent, en législation, très-souvent comme des antagonistes à concilier, et c'est à cela que la jurisprudence travaille souterrainement, depuis longtemps, sans toujours bien se rendre compte du but inconnu vers lequel elle est poussée par une influence mystérieuse. Du reste, il est évident que c'est aux jurisconsultes seuls qu'appartient la mission de lui préparer les voies, puisque les utopies des philosophes novateurs et des prétendus bienfaiteurs de l'humanité n'ont, fort heureusement, de portée qu'autant qu'elles sont acceptées par la science, qui, seule, a la puissance nécessaire pour les faire passer dans le domaine de la loi obligatoire!

71. Quoi qu'il en soit, c'était par suite du principe ci-dessus rappelé que *le plus prochain lignager* du défunt était *saisi*, en qualité d'*héritier légitime*, quelque testament qui pût exister, suivant la maxime *le mort saisit le vif*. Toutefois, l'institution d'un héritier n'était pas alors plus qu'aujourd'hui une cause de nullité du testament¹, et la disposition valait comme legs universel (*legatum*), jusqu'à concurrence des biens dont le testateur avait pu disposer².

Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence, les légataires universels ne faisaient jamais partie des successeurs à la personne que *Dieu seul pouvait créer*. Relégués dans la catégorie des simples successeurs aux biens, ils n'étaient tenus des dettes du défunt que *propter rem*, par conséquent jusqu'à concurrence seulement de la valeur des biens compris dans leurs legs. C'est ce que Loyseau résumait avec soin dans son *Traité du déguerpiement*, liv. I, chap. 11, de la manière suivante :

« Outre les charges foncières, il y a encore une autre espèce
« de charges qui ne résident pas sur un fonds particulier, mais

¹ C. Nap., art. 1002.

² V. Loisel, *Instit. coutumières*. — Dupin et Édouard Laboulaye, liv. II, tit. 4, 5, 6, n^{os} 304, 305. Quelques coutumes avaient cependant des règles particulières.

Quant à la quotité disponible jusqu'à concurrence de laquelle l'institution valait *comme legs*, elle variait à l'infini, suivant les différentes coutumes. On voit bien chez toutes la tendance et la volonté d'affecter aux héritiers du sang le plus de bien possible; mais elles cherchent à arriver au but politique par des moyens divers, et qui, quelquefois, ne l'atteignent nullement. (V., sur cette intéressante matière, Domat, *Lois civiles*, préface du chapitre des Successions.)

« sur l'universalité des biens que j'appelle, pour plus grande
 « facilité, *charges universelles, videlicet onus æri alieni*, dont
 « est tenu le successeur universel qui n'a point titre et qualité
 « d'héritier. Car celui qui est héritier est tenu d'action pure,
 « personnelle, pour les dettes du défunt, lequel, désormais, il
 « représente, et l'obligation duquel est transfuse et transférée
 « en sa personne par la loi des Douze Tables ¹. Mais cette obli-
 « gation personnelle ne passe point en la personne des autres
 « successeurs universels qui ne sont point héritiers : par exem-
 « ple, les légataires universels et les autres successeurs aux
 « biens ; car ils sont tenus des dettes de ceux dont ils pren-
 « nent les biens, non pas comme *héritiers*, mais simplement
 « comme *détenteurs* de ce qui leur a été transmis, *quia bona*
 « *dicuntur, deducto ære alieno et æs alienum, ipso jure, mi-*
 « *nuit patrimonium*. En effet, ce n'est pas eux qui sont débi-
 « teurs, mais ce sont *les biens qui sont chargés des dettes.* »

D'où il suit 1° « qu'ils n'en sont pas tenus par pure action
 « personnelle, comme s'ils s'étaient obligés envers les créan-
 « ciers du défunt par une acceptation de la succession, car
 « cette fiction n'est que pour les vrais héritiers, mais ils en
 « sont tenus *personali actione in rem scriptâ*, en tant et pour
 « autant qu'ils sont détenteurs des biens héréditaires, comme
 « la succession étant débitrice et non eux ; et néanmoins leur
 « ministère étant requis pour recevoir l'action et faire le paye-
 « ment ², et, par ainsi, ils n'en sont pas tenus plus outre que
 « jusqu'à la concurrence des biens auxquels ils succèdent,
 « pourvu néanmoins qu'ils en aient fait inventaire ³ ; autrement,
 « s'il y avait eu de là mélange et confusion (réelle) de ces biens
 « avec les leurs, on pourrait prétendre qu'ils sont tenus des
 « dettes pour le tout ⁴.

« Et, outre cela, il est aisé à entendre qu'ils ne peuvent être

¹ C. Nap., art. 724, 873, 1220.

² Il faut bien que quelqu'un parle pour l'être moral, et, sous ce rapport, il est nécessaire que les successeurs aux biens remplacent les héritiers, *pro hæredum loco habeantur*.

³ Ou toute autre constatation équivalente ; car l'inventaire n'est pas absolument exigé. Le bénéfice d'inventaire est inutile aux légataires universels.

⁴ Parce qu'ils se trouveraient dans l'impossibilité, *par leur fait*, de prouver que la succession ne vaut pas ce qu'on pourrait leur demander, en les accusant de chercher à s'exonérer de la demande par une fausse déclaration sur l'importance des biens par eux recueillis.

« contraintes ni exécutées que sur les biens de la succession, qui, « seuls, sont chargés des dettes d'icelle, et non sur leurs propres biens qui n'en sont pas tenus directement, non plus que « leur personne, l'action qui a lieu contre eux, bien que personnelle¹, étant toujours écrite et limitée à la chose; dont « s'ensuit qu'ils n'ont point besoin d'obtenir lettres de bénéfice d'inventaire, qui ne servent qu'à ces deux fins : de n'être « tenu des dettes outre les forces de l'hérédité et de n'en être « exécuté que sur les biens d'icelle. Et de fait, la Cour a « prouvé, par plusieurs arrêts, les lettres de bénéfice d'inventaire, obtenues par les légataires et les donataires universels, « aussi bien que par les femmes, pour accepter la communauté. »

Il s'ensuit aussi 2° « que ceux-là (les successeurs aux biens) « s'acquittent de ces dettes et charges universelles (se débarrassent des poursuites) en déguerpissant (en délaissant) tous « les biens du débiteur (du défunt) qu'ils ont pu recueillir; « mais il faut, pour être reçus à déguerpir, qu'ils rendent et « tiennent compte du juste prix des biens qu'ils auront pu « vendre.

« Bref, toute dette et poursuite dont quelqu'un peut être tenu « pour la détention et possession de quelque chose, *ny estant* « *d'ailleurs obligé*, peut être référée entre les charges foncières « (peut être assimilée à la dette hypothécaire), et, partant, on « s'en exempte en quittant et renonçant à la chose pour laquelle « on est poursuivi; estant très raisonnable que, cessant la « cause de la poursuite, la poursuite cesse pareillement. »

Voilà les véritables principes de la matière, et je crois inutile de m'arrêter à discuter les raisons que fait valoir le système contraire; car aucune ne soutient un examen sérieux².

72. Cette théorie de notre ancienne jurisprudence est-elle passée dans nos Codes?

¹ Elle ne sult pas les biens, à moins que les créanciers n'aient pris inscription conformément aux articles 2111 et 2113 du Code Napoléon.

² *Junge Argon, Instit. au droit français*, liv. II, chap. 19. — Pothier, *Coutume d'Orléans*, introduction au titre 17, n° 113. — V. aussi un bon travail de M. Félix Berriat Saint-Prix sur l'Obligation du légataire universel, *Revue critique de jurisprudence*, février et mars 1852, p. 167-180, 469-484. — Bugnet sur Pothier, t. VIII, p. 243, notes.

V. cependant Cass., 13 août 1851, Devilleneuve, 1851, I, 653; — et une dissertation de M. Nicias Gaillard, *Revue critique*, 1852, p. 344.

Sans aucun doute, suivant nous, en présence des articles 723, 724, 756, 767, 871 et 1002, combinés.

Mais y est-elle passée telle qu'elle était acceptée par nos anciens auteurs?... Sur ce point, les opinions sont très-divergentes.

1° Les uns, au camp desquels nous appartenons, pensent qu'elle y est passée complètement, et que les obligations des successeurs aux biens ne doivent jamais être confondues avec celles des successeurs à la personne et aux biens. D'après leur système, les héritiers légitimes sont obligés aux dettes, *etiam ultra vires bonorum*, comme étant les continuateurs de la personne du défunt, tandis que les successeurs aux biens seulement, n'en peuvent être tenus que *intra vires bonorum*¹; et de fait, en matière aussi grave, il ne paraît pas possible d'admettre qu'un revirement de système aurait pu s'introduire dans la législation nouvelle, sans que les procès-verbaux du Conseil d'État aient fait mention d'un pareil changement.

2° D'autres prétendent que la théorie ancienne a été, sans doute, acceptée par les auteurs du Code, mais *en partie seulement*; en ce sens que les obligations des successeurs irréguliers, des légataires universels et des héritiers contractuels, en contact avec une famille réservataire et des légataires partiels, dans tous les cas, ne sont encore aujourd'hui, comme autrefois, que celles de simples successeurs aux biens.

Cette seconde opinion diffère de la première en ce que les légataires universels et les donataires de succession doivent être assimilés aux héritiers légitimes continuateurs de la personne du défunt, lorsqu'il n'existe pas de famille réservataire².

3° D'autres vont encore plus loin, et ils assimilent aux héritiers légitimes, non-seulement les légataires et les donataires universels, au cas de l'article 1006, mais encore, et *à fortiori*, les enfants naturels et l'époux survivant, appelés à défaut de parents aux degrés successibles; de sorte qu'ils s'en vont, malgré les textes du Code Napoléon et la tradition historique, décidant, au fond des choses, les questions particulières, comme s'il n'y avait pas de différence *entre la succession à la*

¹ Marcadé, art. 1006, n° 2. — Mourlon, *Répétitions écrites*, t. II, p. 356.

² Ce système a été très-bien exposé par M. Duranton, t. VII, n° 13 et 14. Il a beaucoup de partisans dans la pratique des affaires, bien qu'à notre sens la saisine dont parle l'article 1006 n'a pas de rapport à la question.

personne et la succession aux biens. Mais ils courent se heurter contre le fisc qui fait crouler leur échafaudage imaginaire; car il est absurde que l'État puisse jamais être tenu au delà de ce qu'il reçoit ¹.

Nous craignons que cette dernière opinion, tout inadmissible qu'elle soit au point de vue de l'interprétation de nos Codes et de la pure doctrine, ne finisse par l'emporter dans la pratique des affaires, parce qu'on ne peut se dissimuler que la synthèse du droit de succession gravite, dans l'intérêt du crédit, vers un ordre de choses plus protecteur des droits des tiers que celui qui existe réellement aujourd'hui.

73. C'est ainsi que nous posons cette redoutable question, dont l'utilité pratique se fait surtout sentir dans la théorie du paiement des dettes de succession. Les rédacteurs du Code Napoléon ont évidemment commis une grande inadvertance en ne la tranchant pas nettement; mais, habitués comme ils l'étaient au système, d'ailleurs très-satisfaisant, de la jurisprudence coutumière, il ne leur est pas venu à la pensée qu'on pourrait soutenir un jour, avec quelque apparence de raison, que certains successeurs aux biens seraient obligés au paiement des dettes commé des héritiers légitimes. Il est en effet difficile d'admettre, à ne voir la question que sous le rapport des principes, que les auteurs du Code Napoléon aient, en présence des précédents contraires, supposé au testateur ou au donateur de succession la pensée secrète de pouvoir nuire à ceux qu'il a voulu avantager. Le titre qui appelle les successeurs aux biens à l'hérédité a pour objet *une libéralité*, et il est impossible qu'une libéralité, soit qu'elle émane de l'homme, soit qu'elle émane de la loi, puisse, en principe, tourner au détriment de celui qui en est l'objet. Il faudrait, pour assimiler complètement les successeurs aux biens, aux héritiers légitimes, des textes plus précis que ceux que l'on invoque contre notre manière de voir, et comme, en admettant même le doute, nous devrions encore nous en tenir à ce que décidaient nos pères, lorsqu'on ne prouve pas de modifications bien constatées, il nous faut en revenir au système de Loyseau et de Pothier, plutôt que de nous exposer, dans un intérêt de crédit qui

¹ Vazeille, art. 793, n° 9. Il a été réfuté d'une manière incisive par Marcadé, *Éléments*, art. 793.

a peu préoccupé le législateur de 1804, à nous jeter en dehors des voies du droit national. Il n'est pas permis de corrompre les lois de la patrie!

74. *Conclusion.* — Telle est notre opinion. On ne doit, suivant nous, bien que nous ayons entendu souvent professer le contraire, et dans les tribunaux et à l'école, considérer comme *héritiers* proprement dits que les membres de la famille légitime. Dans notre manière de voir, l'ancienne règle *Dieu seul fait les héritiers* subsiste encore avec toutes ses conséquences ¹.

§ 1.

De la capacité de succéder.

SOMMAIRE.

75. Deux conditions pour succéder :

- 1° Il faut être appelé utilement à la succession ;
- 2° Il faut être capable de succéder. La capacité est de droit commun.

75. Pour que les successibles puissent être héritiers, il ne suffit pas qu'ils soient appelés à la succession, il faut, de plus, qu'ils le soient utilement, sans quoi la saisine ne saurait avoir lieu à leur profit.

Deux conditions sont nécessaires pour réaliser l'acquisition de l'hérédité par la saisine en matière de succession légitime :

1° Le successible appelé doit venir en ordre utile, et non-seulement il faut qu'il soit en ordre utile, ce qui suppose qu'il se trouve au degré successible (C. Nap., art. 751), mais il faut encore qu'il soit au premier rang de ceux qui sont en ordre utile, à moins que ceux qui le précédaient n'aient perdu leurs droits, soit par un fait de leur volonté (C. Nap., art. 784), soit par une nécessité juridique (art. 789).

C'est ce que nos anciennes coutumes voulaient exprimer en ajoutant à la règle *le mort saisit le vif*, les expressions suivantes : *son plus prochain lignager*, son hoir plus proche, c'est-à-dire celui qui, comme son plus proche parent, est réellement appelé à être son héritier.

2° *Il doit de plus être capable de succéder*, ainsi que l'indiquait

¹ Mais que faire avec des hommes pratiques qui se buttent à répondre à tous vos raisonnements par ces simples mots : *Vous prenez le quart du bien, donc vous devez le quart des dettes!*...

encore l'ancienne règle par ces mots : *et habile à succéder*, ce qui va de soi, dit Pothier¹ ; car il n'y a que ceux qui sont capables de succéder qui puissent être saisis des droits et des biens de la succession. Mais il est bien entendu que la capacité est de droit, et que, par conséquent, l'incapacité n'est que l'exception.

§ 2.

De l'incapacité de succéder.

SOMMAIRE.

76. Sont incapables de succéder :
- 1° Les collatéraux au delà du douzième degré ;
 - 2° Ceux qui n'existent pas au moment de l'ouverture de la succession ;
 - 3° Ceux qui sont morts civilement.
77. A. Les religieux étaient autrefois incapables de succéder. Rentrée dans le droit commun.
- B. Système en ce qui touche les étrangers. Réciprocité.
78. Abrogation des articles 726 et 912 du Code Napoléon. Réciprocité forcée.
79. Incapacité des enfants non conçus à l'ouverture de la succession.
80. A qui incombe la preuve de l'existence au moment utile.
81. Le demandeur est-il tenu de prouver la viabilité de l'enfant.
82. Controverse sur la question de la conception de l'enfant.
83. Distinction. Rejet du système de la jurisprudence de la Cour de cassation.
84. Quelques hypothèses.
85. Conséquences du système. Réflexions.
86. De la légitimation des enfants naturels.

76. Puisque la capacité est de droit, nous n'avons, pour exposer les principes qui régissent cette matière, qu'à signaler quels sont ceux qui sont incapables de succéder.

Or sont incapables de succéder, et, par conséquent, ne sont pas saisis :

1° *Les parents collatéraux qui ne se trouvent placés qu'au delà du douzième degré* (C. Nap., art. 755). Dans ce cas, sans doute, la parenté peut encore se concevoir ; mais le lien qui les rattache au défunt est trop éloigné pour que la loi puisse en tenir compte. C'est même déjà beaucoup que le Code Napoléon admette à la succession les cognats du douzième degré. Cette disposition législative, quoique réalisant un progrès sur

¹ *Traité des successions*, ch. 3, sect. 2. — Cout. d'Orléans, art. 301. — Conférez Coutume de Paris, art. 318.

l'ancienne jurisprudence qui ne limitait pas les degrés successibles, est encore quelquefois d'une application trop difficile. Il arrive, et cela se voit dans la pratique des affaires, que des successions sont dévorées en frais judiciaires, parce qu'elles ont été déferées à des légions de collatéraux qui ne connaissent même pas le défunt ¹.

2° *Ceux qui sont morts au moment de l'ouverture de la succession.* Le défunt en quittant la terre n'a pu investir celui qui l'a précédé dans le tombeau. Il faut que le transmettant et l'appelé existent simultanément au moment où la transmission s'opère. La parenté ne se conçoit qu'entre *personnes vivantes*.

3° *Ceux qui sont morts civilement.* En effet, l'acquisition de l'hérédité ne procède que de la loi civile, et par conséquent la succession ne peut être déferée et acquise utilement qu'à ceux qui jouissent de leurs droits civils. Mais autre chose est *la jouissance* et autre chose est *l'exercice* des droits civils (C. Nap., art. 7, 8). Il suffit que l'appelé jouisse de ses droits civils pour que la saisine puisse avoir lieu à son profit.

Cette cause d'incapacité a cessé d'exister depuis la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la peine de la mort civile.

77. Autrefois les religieux étaient incapables de succéder. Il en était de même des étrangers non naturalisés et des Français qui avaient abdiqué leur patrie, par un établissement, en pays étranger. Les lois de la Révolution ont abrogé la législation antérieure sur ces matières.

A. *Les religieux* furent d'abord admis à succéder, de préférence au fisc, lorsqu'ils étaient sortis de leurs maisons ². La loi du 18 vendémiaire an XI les admit ensuite au partage des successions à échoir concurremment avec les autres héritiers. La loi du 5 brumaire suivant les autorisa à recueillir les successions échues à compter du 14 juillet 1789, et ils furent rétablis dans leurs droits antérieurs à leurs vœux ³. La loi du 17 nivôse an XI consacra de nouveau ces principes, tant pour le passé que pour l'avenir ⁴. Depuis lors ils sont restés dans le droit commun.

B. *En ce qui touche les étrangers*, tout le système qui les

¹ Surtout au cas de l'article 877 du Code Napoléon.

² Loi des 19 et 26 mars 1790.

³ Art. 4, 5, 6 et 7 de cette loi.

⁴ Art. 5, 6 et 7.

régissait fut supprimé et remplacé, d'abord par la loi du 8 avril ¹ et par la constitution du 3 septembre 1791 ², ensuite par celle du 5 fructidor an III. Plus tard, le Code Napoléon est venu modifier les lois intermédiaires, en admettant, par ses articles 11, 726 et 912, une théorie basée sur *la réciprocité*.

Les motifs de la loi, sur ce point, ont été exposés, en termes magnifiques, par les orateurs du gouvernement et du tribunal, et surtout par Treilhard.

« Une institution, ont-ils dit, peut n'être pas bonne, et ce pendant sa suppression absolue peut être dangereuse. L'Assemblée constituante prononça l'abolition intégrale du droit d'aubaine, *sans réciprocité* ³. C'était un moyen de convier tous les peuples au bienfait d'une fraternité universelle. C'était un appel fait aux autres nations; mais aucune n'y a répondu. Le plus sûr moyen de réaliser cette conception libérale est d'admettre le principe *de la réciprocité* ⁴. La faveur et la protection qu'on nous accordera régleront la faveur et la protection qu'on aura à espérer de nous ⁵. »

« Cette loi est la seule que l'on doive établir dans un Code civil, parce que, en préparant pour l'avenir la suppression du droit d'aubaine, elle n'exclut aucune des concessions particulières qui pourraient être, dans la suite, sollicitées par les circonstances et pour l'intérêt du peuple français. Pourquoi, d'ailleurs, donnerions-nous à nos voisins des privilèges qu'ils s'obstineraient à nous refuser ⁶? Devons-nous immoler les intérêts de notre propre famille à ceux d'une famille étrangère ⁷?... »

Sans doute, « l'admission indéfinie des étrangers peut avoir quelques avantages; mais nous ne savons que trop qu'on ne

¹ Art. 3.

² Art. 335.

³ L'aubaine était un droit régalien qui donnait au roi seul, en principe, la succession des étrangers, en ce qui concernait leurs biens situés en France; mais plusieurs nations étaient affranchies de ce droit exorbitant.

V. à cet égard Rousseau de la Combe, *Répert.*, v^o *Aubains, Aubaine*, et lois des 6 et 18 août 1790, 13 avril 1791; constitution du 3 septembre 1791, tit. 6; décret du 2 décembre 1811.

⁴ Treilhard, au Corps législatif, séance du 4 ventôse an XI.

⁵ Gary, séance du 17 ventôse an XI.

⁶ Treilhard, *loco citato*.

⁷ Gary, *ib.*

« s'enrichit pas toujours des pertes ou des désertions de ses
 « voisins, et qu'un ennemi peut faire quelquefois des présents
 « bien funestes!... Quand une nation s'occupe de ses propres
 « citoyens, quand elle travaille sur elle-même, *elle peut, sans*
 « *péril, s'abandonner aux vues les plus libérales*; mais quand
 « elle règle ses rapports avec d'autres peuples, sa générosité
 « avec eux serait souvent un danger pour elle-même ou une
 « injustice pour les habitants de son territoire. Le droit civil
 « qui régit les nations entre elles est dans leurs traités. Si l'une
 « ne veut s'affaiblir ou se nuire, elle doit considérer ce que les
 « autres font pour elle, avant de se prescrire ce qu'elle doit
 « faire à leur égard.

« Nous devons donc rentrer dans le droit commun des na-
 « tions, puisqu'on nous y oblige; mais nous y rentrons de
 « manière que notre législation contienne le germe de toutes
 « les améliorations auxquelles elles voudront consentir par
 « leurs traités. »

78. Le principe général posé par le Code Napoléon existe encore aujourd'hui en théorie; mais la loi du 14 juillet 1819 y a porté les atteintes les plus graves en ce qui concerne les successions, les donations et les legs. Suivant l'article 1^{er} de cette loi, les étrangers ont droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français, dans toute l'étendue de l'empire; de sorte que les articles 726 et 912 du Code Napoléon sont abrogés.

Cette loi du 14 juillet 1819 a eu pour but de favoriser le commerce et d'appeler les capitaux étrangers dans notre patrie. On a voulu que nos voisins pussent apporter chez nous leur industrie et leur fortune, avec la certitude que leurs enfants et leurs héritiers profiteraient des biens qu'ils pourraient acquérir en France. C'est la réalisation, sous le rapport le plus important, de la pensée libérale de l'Assemblée constituante.

Toutefois, comme notre législateur doit protéger les nationaux et éviter, autant que possible, les conséquences injustes du défaut de réciprocité de nation à nation, il leur accorde le bénéfice d'une réciprocité individuelle forcée, au moyen du pouvoir qu'il leur concède d'exercer un prélèvement sur les biens meubles ou immeubles situés en France; de telle sorte que le Français en concours avec des cohéritiers étrangers prend, suivant ses droits héréditaires sur ces biens, une por-

tion égale à la valeur de ceux situés en pays étranger, dont il est exclu par la législation ou par la coutume de ce dernier pays ¹.

Il est bien évident que cette disposition est en faveur des Français et qu'eux seuls ont le droit de l'invoquer. Du reste, ils peuvent toujours le faire, soit qu'il s'agisse d'une succession *ab intestat*, soit qu'il s'agisse d'une succession *testamentaire*. La loi ne distingue pas.

79. 4^o Sont encore incapables de succéder :

A. Les enfants non conçus au moment de l'ouverture de la succession, car le néant ne peut avoir aucun droit : *non est jus nisi sit qui id obtineat...*;

B. Les enfants conçus à cette époque, mais qui, ensuite, ne sont pas nés *vivants*, c'est-à-dire qui n'ont point respiré l'air extérieur.

Ce principe nous vient des Romains, chez lesquels le mort-né n'avait aucune valeur juridique : *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt* ².

L'une des conditions essentielles à l'acquisition de l'hérédité par la saisine est donc que l'enfant naisse *vivant*. Mais pour que l'enfant puisse succéder, il ne suffit pas qu'il soit né *vivant*, il faut de plus qu'il soit né *viable* : « Un avorton, dit « Pothier ³, quand même il aurait quelques instants de vie, « n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder. »

Voilà la théorie de l'article 725 du Code Napoléon; voici maintenant son application :

80. « Quiconque réclame un droit échu à un individu dont « l'existence n'est pas reconnue, doit prouver que ledit individu « existait quand le droit a été ouvert. Jusqu'à cette preuve, il « doit être déclaré non recevable dans sa demande ⁴. »

C'est à ceux qui ont intérêt à établir que le posthume est né vivant qu'incombe l'obligation de faire la preuve par application de la règle : *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Cette preuve porte 1^o sur le fait de l'existence au moment de la

¹ V. art. 2 de la loi précitée.

² L. 129, ff., *De verb. signif.*, et aussi la loi 3, § 9, ff., *De suis et legit. hered.* — Code Napoléon, art. 735.

³ *Succ.*, chap. 1, sect. 2, art. 1.

⁴ Code Napoléon, art. 135.

naissance, puisque les mort-nés ne sont pas capables de succéder; 2° et sur l'antériorité de la conception au moment de l'ouverture de la succession.

81. On pourrait mettre en question si le demandeur ne devrait pas prouver *de plus* que l'enfant est né *viable*, suivant l'article 725 du Code Napoléon. Mais les présomptions s'établissent sur ce qui arrive le plus souvent, *præsumptio ex eo quod plerumque fit*, dit Cujas¹. Et l'article 135 du Code Napoléon n'exige que la preuve de l'existence. Tout enfant né *vivant* est donc réputé *viable*; d'où il suit que ceux qui ont intérêt à prouver qu'il n'est pas né *viable* doivent établir le bien fondé de leur prétention. Ils triompheront de leurs adversaires en faisant connaître, à l'aide de la science médico-légale, que les vices de l'organisation physique de l'enfant sont tels qu'on ne peut lui reconnaître la capacité de vivre.

Il pourra, sans doute, se présenter telles circonstances dans lesquelles l'enfant né vivant et *non viable* paraîtra avoir transmis dans sa propre succession celle de son auteur; parce que la preuve de la *non-viabilité* sera devenue impossible; mais nous ne devons pas nous préoccuper de ces cas fort rares, et dont les annales de la jurisprudence ne fournissent que peu d'exemples.

82. Quant au point de savoir à quelle époque remonte la conception de l'enfant né *vivant* et *préssumé viable*, c'est une question fort débattue.

Suffira-t-il qu'il soit né dans les trois cents jours du décès du *de cuius*, pour être considéré toujours comme ayant été utilement saisi?...

La plupart de nos jurisconsultes considèrent la présomption légale des articles 312 et 315 du Code Napoléon comme étant générale et comme devant par conséquent s'appliquer en matière de successions, de testaments et de donation, tout aussi bien qu'en matière de filiation légitime.

Ce système paraît vouloir l'emporter dans la pratique des affaires, sans doute parce qu'étant très-simple il coupe court à toute difficulté².

Mais la réponse est que les présomptions *légales* ne s'appli-

¹ Paratitres sur le titre des Pandectes, *De probationib. et præsumpt.*

² Paris, 19 juillet 1819, Cass., rej., 8 février 1821, 28 novembre 1833.

quent jamais à d'autres cas que ceux qui sont spécialement prévus par le législateur (C. Nap., art. 1350). Or le Code Napoléon n'a établi la présomption de l'article 312 que pour décider les questions de légitimité ; et rien n'autorise à penser qu'il ait voulu soumettre à son empire les questions de succession, de donation ou de legs¹.

« S'il est vrai, dit M. Bugnet², que la loi admette la possibilité que l'enfant ne naisse que le trois centième jour de sa conception, il est indubitable que tous les enfants ne restent pas trois cents jours dans le sein de leur mère. Et pourquoi appliquer à des intérêts pécuniaires une règle *extrême*, admise par le législateur dans l'intérêt de la légitimité seulement³ ?

« Quelle loi serait donc violée par un arrêt qui déciderait que l'enfant est né avant le trois centième jour de sa conception ? » Aucune assurément.

« Ainsi, toutes les fois que la légitimité de l'enfant ne sera point litigieuse, et que, depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la naissance de l'enfant, il se sera écoulé plus que le *minimum* du temps de la gestation (179 jours), mais moins que le *maximum* (300 jours), les juges pourront, sans violer aucune loi et en appréciant les circonstances, déclarer cet enfant *capable* ou *incapable* de recueillir la succession dont il s'agit⁴. »

83. Mais si les juges ne sont pas renfermés toujours dans le cercle invariable de la présomption de l'article 312, ce n'est pas une raison pour qu'ils ne puissent jamais s'en aider afin de décider, en cas de doute, les questions de *saisine*.

L'interprétation cherche à concilier tous les intérêts en appliquant ou en rejetant la présomption de l'article 312, suivant que la question de *saisine* peut se vider avec ou sans déshonneur pour la mère. Le plus souvent, en fait, la légitimité de l'enfant sera en discussion, et l'article 312 sera appliqué ; mais si la question de succession se présente sans que la légitimité de l'enfant soit *en cause*, la présomption ne devra pas

¹ V., pour l'ancien droit, Louet et Brodeau, *lettre E*, p. 617.

² Sur Pothier, t. VIII, p. 8, note 2.

³ Ajoutons : « et aussi dans l'intérêt de l'honneur de la mère. »

⁴ C'est ce système qui a été reproduit et développé par M. Marcadé dans ses commentaires de l'article 125. — V, aussi M. Mourlon sur l'article 126.

s'appliquer, parce qu'elle n'a pas été faite en vue d'intérêts pécuniaires.

Tous les embarras résultant de ces distinctions délicates, *in apicibus juris*, sont évités par la jurisprudence de la Cour de cassation qui va au but *rectâ viâ*, en appliquant la présomption dans tous les cas. Mais cette jurisprudence n'a pas raison au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon, et elle s'expose à priver des héritiers légitimes de ce qui leur appartient, comme aussi à faire arriver des successions à des personnes qui, d'après la loi, ne devraient pas les avoir.

84. Rendons cette théorie sensible en parcourant quelques hypothèses.

1° *L'enfant est né après les trois cents jours du décès du de cujus.*

Dans cette espèce, la loi ne considère pas cet enfant comme ayant été conçu au moment utile; il n'est donc pas saisi. En effet, l'article 315 a fixé à trois cents jours le terme extrême des naissances tardives, les parties intéressées peuvent donc demander et obtenir que l'enfant soit exclu de la succession; il leur suffit de prouver qu'il est né après les trois cents jours du décès. Nous supposons l'enfant ou ses ayants cause en possession des biens héréditaires; car s'il était demandeur ce serait à lui à prouver qu'il est né dans les trois cents jours.

2° *Paul meurt le 1^{er} janvier. Sa veuve met au monde un enfant le trois centième jour du décès.* Cet enfant est-il réputé avoir été conçu et, par conséquent, avoir été saisi utilement de la succession au moment de l'ouverture de l'hérédité?...

Oui. La présomption de l'article 312 doit s'appliquer, car les juges ne pourraient décider qu'il n'a pas été saisi sans méconnaître l'esprit de cet article. Dans cette hypothèse, la question de légitimité est inséparable de la question de succession. Comment pourrait-on exclure l'enfant de la succession de son père sans décider qu'il a été conçu après le décès et par conséquent sans déshonorer la mère?... Or c'est précisément ce que n'a pas voulu l'article 312.

3° Paul et Jeanne sont mariés en premières noces. Ils ont une fille, Sophie, de ce mariage. Paul décède et Jeanne se remarie; Sophie, qui a recueilli la succession de Paul, meurt le 1^{er} janvier 1852. Le trois centième jour à partir du décès de Sophie, Jeanne, sa mère remariée, met au monde une autre

filie. Cette seconde fille (ou celui qui la représente) pourra-t-elle venir dire : « J'étais conçue le 1^{er} janvier 1852. Aux termes de l'article 315, il suffit que je ne sois pas née plus de trois cents jours après le décès pour que ma légitimité ne puisse être contestée; d'où la conséquence que j'ai été valablement saisie de la succession de ma sœur? » Non ; car on lui répondra : « Cela ne suffit pas, parce que les présomptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, et comme ici votre légitimité n'est pas en question, et que l'honneur de votre mère est totalement désintéressé au procès, vous devez prouver votre demande suivant la règle générale *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Or, pour le faire utilement, il vous faut établir que vous étiez conçue le 1^{er} janvier, jour du décès de votre sœur, et si les juges pensent d'après les indices, d'après les rapports des médecins, que vous avez été conçue à une époque postérieure au jour du décès, vous serez écartée de la succession. »

85. Voilà la véritable théorie de la loi. Il en résulte, au premier coup d'œil, une conséquence bizarre. C'est qu'il pourrait se faire que, dans certains cas, l'enfant serait réputé avoir été conçu à telle époque, tandis que, dans certains autres, il pourrait être considéré comme ayant été conçu à telle autre. *Exemple* : Paul décède le 1^{er} janvier. Son frère Jean meurt quelques jours après, le 10 ou le 15 du même mois. La veuve de Paul met au monde un enfant le trois centième jour à partir du décès de son mari.

Cet enfant est incontestablement saisi utilement de la succession de son père, suivant les articles 724-312 et 315. Et cependant, d'après les conséquences apparentes de la théorie que nous venons d'exposer, il pourrait être considéré par les juges comme n'ayant pas été conçu au moment du décès de son oncle, décédé pourtant après son père!... Car, peut-on dire, il ne s'agit ici, à l'égard de l'oncle, que d'une pure question de succession et non pas d'une question de légitimité. Ce résultat paraît absurde. Mais la réponse est que l'honneur de la mère est implicitement en cause et qu'il ne s'agit pas d'une pure question de succession. En effet, les juges ne peuvent exclure l'enfant, né dans les trois cents jours du décès de son père, de la succession de son oncle sans décider en même temps qu'il a été conçu après le décès de Jean (l'oncle), à plus

forte raison après le décès de Paul (le père) et par conséquent sans déshonorer la mère : d'où suit que la présomption des articles 312 et 315 recevra son application dans l'espèce ¹.

86. Notons, avant de passer à une autre matière, qu'il est de principe que la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent n'a pas d'effets rétroactifs au préjudice des tiers. Ces enfants ne sont censés avoir été conçus et nés qu'au moment du mariage; d'où suit qu'ils ne sont pas saisis utilement des successions ouvertes dans le temps intermédiaire de la conception réelle à la célébration de l'union conjugale, qui est le seul mode de légitimation ².

A. HUREAUX.

(La suite à une prochaine livraison.)

DÉTENTION PRÉVENTIVE.

MANDATS JUDICIAIRES. — ORDONNANCES DE PRISE DE CORPS.

Par M. Georges REYNAUD, docteur en droit,
substitut du procureur impérial près le tribunal de Tarbes.

TROISIÈME ET DERNIER ARTICLE ³.

IV. — Exécution des mandats.

Nous avons vu qu'à l'exception des cas où le délit est flagrant, c'est au juge d'instruction seul que la loi a donné le pouvoir de décerner les mandats; mais il ne peut les faire notifier lui-même, ce droit appartient au ministère public; ce n'est là qu'une application de la règle générale posée par l'article 28 du Code d'instruction criminelle, et le juge d'instruction qui ferait lui-même mettre à exécution une ordonnance par lui rendue commettrait un excès de pouvoir. Un arrêt de la Cour de Rennes avait déclaré qu'il y avait exception à cette règle

¹ V. cependant M. Mourlon, *C. civ.*, liv. III, ch. 2, § 1, qui arrive au même résultat, mais par une démonstration par l'absurde.

² Code Napoléon, art. 333. — Cass., 11 mars 1811.

³ V. le présent tome, p. 349.

pour les mandats qui, pouvant être décernés sans les conclusions du ministère public, devaient également pouvoir être exécutés sans son intervention. — Cet arrêt fut cassé après délibération en chambre du conseil (Cass., 29 avril 1826).

Nous savons combien, dans la pratique, on s'éloigne de cette règle; nous reconnaissons que souvent il serait difficile qu'il en fût autrement; cependant nous dirons, avec l'arrêt de la Cour de cassation, que l'usage ne doit jamais prévaloir sur la loi, et qu'il n'y a que le cas de force majeure qui puisse autoriser le juge d'instruction à empiéter ainsi sur les attributions du procureur impérial. L'adage « que tout juge est officier du ministère public » n'est plus exact aujourd'hui.

Les mandats, une fois rédigés par le juge d'instruction, sont remis au procureur impérial, qui, s'il aperçoit quelque irrégularité, peut et doit inviter le juge à la faire disparaître; ils parviennent ensuite entre les mains de l'huissier ou de l'agent de la force publique chargés de leur notification.

Le plus souvent les mandats de comparution et de dépôt sont remis aux huissiers, les mandats d'amener et d'arrêt à la gendarmerie. Il y a économie à confier aux gendarmes l'exécution des mandats d'amener; une instruction ministérielle du 17 novembre 1812 ne leur donne dans ce cas aucun droit aux frais de capture, tandis que l'article 71 du décret du 18 juin 1811 alloue aux huissiers un salaire assez élevé (Massabiau, t. II, p. 250. — Gillet, circulaires).

Le mandat de comparution s'exécute par sa signification et son exhibition au prévenu conformément à l'article 97 du Code d'instruction criminelle. — Cette signification peut être faite, soit à personne, soit à domicile, et l'huissier ou l'agent chargé de la notification du mandat doit suivre les règles tracées par les articles 68 et 69 du Code de procédure civile. Aucune difficulté ne saurait se présenter à cet égard.

Il n'en est pas de même pour l'exécution du mandat d'amener : tandis que l'agent n'a point à s'occuper du point de savoir s'il sera satisfait au mandat de comparution, le porteur du mandat d'amener, après l'avoir notifié au prévenu et lui en avoir laissé copie (97 C. instr. crim.), doit s'attacher à ses pas et le contraindre à obéir; il peut, au besoin, employer la force publique (99 C. instr. crim.).

L'article 93 du Code d'instruction criminelle donne au juge

d'instruction un délai de vingt-quatre heures pour interroger les prévenus ; nous avons expliqué déjà les motifs de cette disposition ; mais que doit devenir le prévenu sous le coup d'un mandat d'amener pendant le temps qui s'écoule entre son arrivée et le moment où il subira son interrogatoire ? Souvent une nuit se passera, dans quel local sera-t-il provisoirement déposé ? Cette question a soulevé une vive controverse entre les criminalistes ; l'article 609 du Code d'instruction criminelle, qui dispose « que « nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme « coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune « personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un « mandat d'arrêt, » paraît avoir été mal compris par plusieurs auteurs ; sans doute un prévenu arrêté en vertu d'un mandat d'amener ne peut être écroué dans une maison d'arrêt, mais cela veut-il dire que l'administration ne puisse désigner dans cette même maison d'arrêt une chambre séparée, où, provisoirement déposé, le prévenu attendra son interrogatoire ? Non sans doute, et d'ailleurs la maison d'arrêt sera le plus souvent, pour le prévenu lui-même, l'endroit le plus convenable et le plus commode, et où il sera possible de s'assurer de sa personne sans l'assujettir à une surveillance aussi fatigante pour lui que pour l'agent qui en serait chargé. — M. Faustin Hélie, qui voudrait qu'une chambre fût choisie dans le palais de justice, cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de cassation qui commence ainsi : « Attendu, en droit, qu'aux termes de « l'article 93 du Code d'instruction criminelle tout prévenu « arrêté en vertu d'un mandat d'amener doit être interrogé « dans les vingt-quatre heures au plus tard, et que l'article 609 « du même Code s'oppose à ce qu'il soit reçu ou détenu dans « une maison d'arrêt, une prison quelconque sur l'exhibition « d'un simple mandat d'amener. » La citation s'arrête là, mais si l'on continue la lecture de l'arrêt on s'aperçoit bien vite qu'il s'agit d'une hypothèse toute différente de celle qui nous occupe. — Dans l'espèce ce n'était pas un prévenu déposé à la maison d'arrêt qui attendait un interrogatoire qui ne pouvait tarder plus de vingt-quatre heures, mais un individu contre qui un mandat d'amener avait été décerné, sans pouvoir être ramené à exécution et sans avoir été plus tard converti en un mandat d'arrêt ; il avait été jugé et condamné par défaut, puis, ayant interjeté appel de ce jugement, il avait été arrêté et détenu pen-

dant un temps assez long (près de trois mois) en vertu du simple mandat d'amener. — Le tribunal de Nevers, jugeant sur appel, avait ordonné sa mise en liberté avant de procéder aux débats, et la Cour de cassation confirma ce jugement (Cass., 4 avril 1840; S., 40, 1, 319).

Cet arrêt ne peut donc pas être invoqué pour déterminer le lieu où le prévenu doit attendre son interrogatoire.

Il a été fait exception pour le mandat d'amener à la règle que les mandats sont exécutoires dans toute l'étendue de l'empire. — « Lorsque après plus de deux jours depuis la date du « mandat d'amener le prévenu aura été trouvé hors de l'arrondissement de l'officier qui a délivré ce mandat et à une distance de plus de 5 myriamètres du domicile de cet officier, « le prévenu pourra n'être pas contraint de se rendre au « mandat.

« Alors le procureur impérial de l'arrondissement où il aura « été trouvé, et devant lequel il sera conduit, décernera un « mandat de dépôt en vertu duquel il sera retenu dans la maison « d'arrêt » (100 C. instr. crim.).

L'article 8 du titre 5 de la loi des 16-29 septembre 1791 et l'article 74 du Code du 3 brumaire an IV, portaient : *Le prévenu ne pourra pas être contraint*; notre Code a substitué à ces mots ceux-ci : *Le prévenu pourra n'être pas contraint*. M. Faustin Hélie en conclut que le législateur de 1808 a voulu enlever au prévenu le droit qu'il avait antérieurement de choisir la translation immédiate ou le dépôt provisoire, pour le donner au procureur impérial de l'arrondissement dans lequel l'arrestation a eu lieu (V. F. H., t. V, p. 802).

Nous ne pouvons admettre cette opinion; le but de l'article 100 est facile à comprendre : le législateur a craint qu'un individu, frappé au loin par un mandat d'amener, ne fût contraint à faire dans de si pénibles conditions un long et inutile voyage, alors que quelques explications de sa part pourraient peut-être faire reconnaître qu'il est impliqué par erreur dans une poursuite judiciaire; le procureur impérial, devant qui il était amené, était sans qualité pour recevoir ses déclarations et ne pouvait empêcher l'exécution d'un ordre qu'il n'avait pas donné. On vint au secours de l'individu, ainsi frappé par un mandat d'amener, en donnant au procureur impérial le droit de le faire détenir provisoirement sous mandat de dépôt, à

charge par lui, dans les vingt-quatre heures, d'en donner avis à l'officier qui a décerné le mandat d'amener, lequel, dans un même délai, est tenu de communiquer les pièces au juge d'instruction près duquel il exerce; celui-ci transmet alors au juge d'instruction du lieu où le prévenu a été trouvé, les pièces, notes et renseignements relatifs au délit, afin de faire subir un interrogatoire au prévenu. Toutes les pièces sont ensuite également renvoyées avec l'interrogatoire au juge saisi de l'affaire, qui peut alors statuer sur la mise en liberté ou l'arrestation définitive de celui qui a invoqué le bénéfice de l'article 100 du Code d'instruction criminelle.

L'article 100 se termine ainsi : « Le mandat d'amener devra « être pleinement exécuté si le prévenu a été trouvé muni « d'effets, de papier et d'instruments qui feront présumer qu'il « est auteur ou complice du délit pour raison duquel il est « recherché, quels que soient le délai et la distance dans les- « quels il aura été trouvé. »

La fin de cet article nous paraît complètement détruire la théorie de M. Faustin Hélie. Le procureur impérial, lorsqu'un individu est amené devant lui sous le coup d'un mandat d'amener, ne sait absolument rien des poursuites dirigées contre lui; le mandat d'amener, qui est la seule pièce qu'il ait sous les yeux, ne porte pas toujours l'indication du fait pour lequel il est décerné, et cette mention s'y trouvât-elle, elle ne pourrait suffire pour mettre le magistrat à même de décider s'il est urgent ou non que ce mandat reçoive une exécution immédiate; les seules circonstances qui pourraient frapper ses yeux et l'aider à prendre une détermination sont celles qui sont énumérées dans le paragraphe final que nous venons de citer, et, dans ce cas, la loi elle-même a pris soin de lui tracer son devoir. — N'est-il pas plus juste de dire que c'est le prévenu qui doit se prononcer entre la translation immédiate et le dépôt provisoire? Seul il connaît exactement sa situation, et le devoir du procureur impérial ne doit-il pas se borner à lui faire comprendre que s'il ne peut détruire les charges qui pèsent contre lui, la demande qu'il ferait d'être déposé dans la maison d'arrêt du lieu où il a été trouvé, ne servirait qu'à allonger la durée de sa détention préventive? C'est ainsi que nous avons vu comprendre et appliquer cet article au parquet de la Seine, et nous croyons que telle est en effet sa véritable interprétation. — Nous sommes

d'autant plus convaincus de ce que nous avançons, que cette option que fait le prévenu ne lie en rien le juge d'instruction qui, sur le vu de l'interrogatoire auquel il aura été procédé par commission rogatoire, pourra toujours décerner un mandat d'arrêt (104 C. instr. crim.); mais en même temps c'est pour le prévenu un précieux privilège, dans le cas où il pense pouvoir facilement se disculper. Laissé à un magistrat étranger à l'affaire, ce droit est inutile et incompréhensible; mieux vaudrait alors ordonner que le prévenu attendra toujours sous mandat de dépôt la détermination ultérieure du juge d'instruction saisi de l'affaire. Mais des raisons d'économie ne sauraient justifier un pareil système; n'y a-t-il pas en effet des cas où le prévenu impuissant à se défendre de loin a le plus grand intérêt à être immédiatement confronté avec ses accusateurs?

Les formalités relatives au mandat de dépôt sont très-simples; ce mandat n'est délivré le plus souvent que contre des individus présents et que le juge vient d'interroger. Son exécution consiste dans son exhibition et sa notification suivies immédiatement de l'incarcération et de l'écrou (97, 107, 108, 111 C. instr. crim.).

« Sur l'exhibition du mandat de dépôt, le prévenu sera reçu
« et gardé dans la maison d'arrêt établie près le tribunal cor-
« rectionnel, et le gardien remettra à l'huissier ou à l'agent de
« la force publique chargé de l'exécution du mandat, une
« reconnaissance de la remise du prévenu » (107 C. instr. crim.).
S'il était décerné contre un prévenu absent, il faudrait se conformer, pour le ramener à exécution, aux règles que nous allons exposer pour le mandat d'arrêt.

Ce dernier mandat est celui qui a, au plus haut point, éveillé l'attention du législateur; il produit les effets les plus rigoureux, et son exécution, comme sa délivrance, ont été entourées de plus de garanties. « L'officier chargé de l'exécution d'un
« mandat de dépôt ou d'arrêt se fera accompagner d'une force
« suffisante pour que le prévenu ne puisse se soustraire à la
« loi. Cette force sera prise dans le lieu le plus à portée de celui
« où le mandat de dépôt ou d'arrêt devra s'exécuter, et elle
« est tenue de marcher sur la réquisition directement faite au
« commandant et contenue dans le mandat » (108 C. instr. crim.).

L'agent chargé de l'exécution doit exhiber au prévenu le

mandat d'arrêt, lors même qu'il serait déjà détenu, et lui en délivrer copie (97 C. instr. crim.). Enfin, « le prévenu saisi en « vertu d'un mandat d'arrêt ou de dépôt sera conduit sans délai « dans la maison d'arrêt indiquée par le mandat; l'officier « chargé de l'exécution remettra le prévenu au gardien de la « maison, qui lui en donnera décharge; le tout dans la forme « prescrite par l'article 107. Il portera ensuite au greffe correc- « tionnel les pièces relatives à l'arrestation et en prendra une « reconnaissance. Il exhibera ces décharges et reconnaissances « dans les vingt-quatre heures au juge d'instruction. Celui-ci « mettra sur l'un et sur l'autre son vu, qu'il datera et signera » (110, 111 C. instr. crim.). — « Les gardiens des maisons d'arrêt « sont tenus d'avoir un registre sur lequel l'exécuteur du man- « dat, avant de leur remettre la personne qu'il conduira, devra « faire inscrire devant lui l'acte dont il sera porteur; le tout « sera signé tant par lui que par le gardien; le gardien lui en « remettra une copie signée de lui pour sa décharge » (607, 608, 609 C. instr. crim.).

« Si le prévenu est trouvé hors de l'arrondissement de l'of- « ficier qui aura décerné le mandat de dépôt ou d'arrêt, il sera « conduit devant le juge de paix ou son suppléant, et, à son « défaut, devant le maire ou adjoint au maire ou le commissaire « de police du lieu, lequel visera le mandat sans pouvoir en « empêcher l'exécution » (98 C. instr. crim.).

L'officier désigné par cet article n'a d'autre droit en apposant son visa que celui de vérifier l'existence du mandat et de surveiller son exécution; il n'est juge ni de sa régularité ni de la compétence du magistrat qui l'a décerné (V. F. H., t. V, p. 812).

Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un mandat de justice, la force armée, munie du mandat, n'a pas besoin d'être assistée du juge de paix ou de l'officier municipal, pour donner suite à ces actes qui sont revêtus des mandements de la force publique et exécutoires dans toute l'étendue du royaume (98 C. instr. crim.). Le refus de laisser pénétrer dans le domicile n'est pas un obstacle à l'arrestation (Cassat., intérêt de la loi, 12 juin 1834). Cependant on ne peut pénétrer pendant la nuit dans le domicile d'un citoyen; on doit alors se borner à faire investir la maison et à prendre les précautions nécessaires pour empêcher l'évasion de l'inculpé (Déc. 1^{er} mars 1854, art. 247, 253, 291). Il a d'ailleurs été jugé que lors même que le domicile

serait violé, ce ne serait pas un motif pour annuler un jugement auquel cette violation est étrangère; sauf au réclamant à intenter ses actions contre et devant qui de droit pour ladite violation de domicile (Cass., 28 oct. 1808). Mais quel est l'effet du défaut de signification des mandats? Cette exhibition est-elle prescrite à peine de nullité? Nous ne le pensons pas, et telle paraît être la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, par arrêt du 31 janvier 1834, a décidé que l'article 97 du Code d'Instruction criminelle n'attache pas à son inobservation la peine de la nullité. Il est d'ailleurs reconnu que lorsque les mandats d'arrêt ont été légalement notifiés aux domiciles des prévenus absents, les agents, quoique n'étant plus porteurs des mandats, peuvent et doivent opérer l'arrestation des prévenus s'ils viennent à les rencontrer. Cette question fut soulevée par Raspail, qui avait présenté requête à la Cour impériale de Paris pour être autorisé à prendre à partie M. Zangiacomi. Parmi de nombreux griefs il relevait le défaut d'exhibition et de notification du mandat d'amener en vertu duquel il avait été arrêté. Mais la Cour répondit ainsi à ce chef des conclusions : « En ce qui touche l'inobservation des formalités prescrites par les articles 93, 95, 96, 97, 112, 616 du Code d'Instruction criminelle et 60 de la loi du 28 avril 1832; — Considérant que le mandat d'amener par suite duquel Raspail a été arrêté avait été légalement décerné par M. le juge d'Instruction Gaschon; que ce mandat a été exécuté le 28 juillet par la perquisition faite au domicile de Raspail et par son exhibition aux personnes présentes; — Considérant que le défaut de représentation et de notification du mandat d'amener à Raspail (ce qui s'explique par le changement de juridiction résultant de l'ordonnance royale du 28) ne détruit pas le fait de son existence prouvée et l'exécution qu'il avait reçue... (Cour de Paris, 30 janvier 1836; Sirey, 37, 3, 276).

Les prescriptions de l'article 97 ne demeurent cependant pas sans sanction; la Cour de Nîmes a décidé que la résistance avec violences et voies de fait à un gendarme qui n'a pas fait connaître ni exhibé à l'auteur de cette résistance le mandat de justice en vertu duquel il voulait l'arrêter, ne constitue pas le délit de rébellion (Nîmes, 21 novembre 1856; Sirey, C. N., 8).

Nous avons supposé jusqu'à présent que l'agent porteur du mandat trouvait à son domicile celui contre lequel il était dé-

cerné. Mais souvent le prévenu aura pris la fuite, comment devra-t-on procéder alors pour exécuter les mandats? Des règles différentes ont été édictées pour le mandat d'amener et pour le mandat d'arrêt.

« Si le prévenu contre lequel il a été décerné un mandat d'amener ne peut être trouvé, ce mandat sera exhibé au maire, ou à l'adjoint, ou au commissaire de police de la commune de la résidence du prévenu. Le maire, l'adjoint ou le commissaire de police mettra son visa sur l'original de l'acte de notification » (105 C. instr. crim.).

Le but de la formalité prescrite par cet article est, comme le fait très-bien remarquer M. Faustin Hélie, de constater que le porteur du mandat a fait ce qu'il a pu pour en assurer l'exécution; mais ce visa est complètement étranger à la notification et ne saurait la remplacer. La Cour de cassation a décidé « qu'en l'absence de dispositions sur les formalités de la signification des actes relatifs à la procédure criminelle, il est nécessaire de se reporter à celles prescrites par le Code de procédure civile, qui forment le droit commun » (Cass., 7 juillet 1845; Sirey, 48, 1, 176). Les formes de la notification sont celles qui sont prescrites par les articles 68 et 69, n° 8, du Code de procédure civile, suivant que le prévenu a un domicile connu ou qu'il n'en a pas. Ces formalités sont substantielles au caractère légal des notifications à faire au domicile des individus qui ne peuvent être trouvés ou saisis; leur omission emporte nullité.

Nous reproduisons ici un arrêt important rendu à ce sujet par la Cour de Grenoble le 26 mai 1823 :

« Considérant que tout mandat d'amener doit être notifié par copie au prévenu, à personne ou domicile (art. 97 et 105 C. instr. crim.); — Considérant que si le prévenu n'est pas trouvé dans son domicile; et qu'il ne s'y trouve non plus ni parents ni serviteurs, l'officier ministériel ou le gendarme exploitant doit remettre la copie à un voisin qui signe l'original de l'exploit de notification, et que si ce voisin ne peut ou ne veut signer, ou qu'il n'en soit point trouvé, la copie doit être remise au maire ou à l'adjoint de la commune, ainsi que cela se pratique en matière civile, en conformité de l'article 68 du Code de procédure civile; — Considérant que dans le cas où la notification du mandat d'amener n'a pas lieu à

« personne ou à domicile, il faut encore, aux termes du même article 68 du Code de procédure civile et de l'article 105 du Code d'instruction criminelle, que l'original de l'acte de notification soit visé par le maire, ou l'adjoint, ou par le commissaire de police de la commune » (Cass., 24 novembre 1826; Sirey, C. Nap., art. 8. — Grenoble, 26 mai 1823, C. Nap., art. 7; 5 avril 1831, Sirey, 82, 2, 86).

On comprend facilement toute l'importance de la notification du mandat d'amener. Lorsque le mandat de comparution est resté inexécuté, quel qu'en soit le motif, un mandat d'amener est lancé, et plus tard, s'il n'est pas obéi à ses injonctions, il sera converti en un mandat de dépôt ou d'arrêt. — Si la notification n'a pas eu lieu, si le prévenu n'a pas été mis à même de se présenter et de se défendre, toute la procédure suivie contre lui doit tomber.

Les articles 109 du Code d'instruction criminelle et 77 du décret du 18 juin 1811 prévoient le cas où le prévenu, contre lequel un mandat d'arrêt a été décerné, ne peut être saisi.

Art. 109. « Si le prévenu ne peut être saisi, le mandat d'arrêt sera notifié à sa dernière habitation, et il sera dressé procès-verbal de perquisition.

« Ce procès-verbal sera dressé en présence des deux plus proches voisins du prévenu, que le porteur du mandat pourra trouver; ils le signeront, ou, s'ils ne savent ou ne veulent pas signer, il en sera fait mention ainsi que de l'interpellation qui en aura été faite.

« Le porteur du mandat d'arrêt fera ensuite viser son procès-verbal par le juge de paix ou son suppléant, ou, à son défaut, par le maire, l'adjoint ou le commissaire de police du lieu, et lui en laissera copie.

« Le mandat d'arrêt et le procès-verbal seront ensuite remis au greffe du tribunal. »

Art. 77 du décret du 18 juin 1811. « Si, malgré les perquisitions faites par l'huissier, le prévenu, accusé ou condamné n'est point arrêté, une copie en forme de mandat d'arrêt, de l'ordonnance de prise de corps, de l'arrêt ou jugement de condamnation, sera adressée au commissaire général de police, à son défaut au commandant de la gendarmerie, et, à Paris, au préfet de police. Le préfet, les commissaires généraux de po-

« lice et les commandants de la gendarmerie donneront aussitôt
 « à leurs subordonnés l'ordre d'assister les huissiers dans leurs
 « recherches et de les aider de leurs renseignements. Enjoi-
 « gnons aux agents de la force publique et de la police de prê-
 « ter aide et main-forte toutes et quantes fois ils en seront par
 « eux requis et sans pouvoir en exiger aucune rétribution à
 « peine d'être poursuivis et punis suivant l'exigence des cas.
 « Néanmoins, lorsque des gendarmes ou agents de la police
 « porteurs de mandats de justice viendront à découvrir, hors
 « de la présence des huissiers, les prévenus, accusés ou con-
 « damnés, ils les arrêteront et les conduiront devant le magis-
 « trat compétent » (V. F. H., p. 813).

Il est à remarquer que la forme de la perquisition n'est attachée qu'au mandat d'arrêt et qu'elle ne s'applique pas au mandat de dépôt par lequel la loi n'a prescrit aucun mode d'exécution pour le cas où le prévenu n'est pas trouvé. Aussi est-il fort rare qu'un mandat de dépôt soit décerné en pareille circonstance.

L'ordonnance de prise de corps doit être insérée dans l'arrêt de mise en accusation, lequel contiendra l'ordre de conduire l'accusé dans la maison de justice établie près la Cour où il sera renvoyé (233 C. instr. crim.). — Cet arrêt de renvoi et l'acte d'accusation seront signifiés à l'accusé et il lui sera laissée copie du tout (242 C. instr. crim.). Dans les vingt-quatre heures qui suivront cette notification, l'accusé sera transféré de la maison d'arrêt dans la maison de justice établie par la Cour où il doit être jugé (243 C. instr. crim.).

Après une certaine variation dans sa jurisprudence, la Cour de cassation a décidé que cette notification de l'arrêt de renvoi est une formalité substantielle à la défense de l'accusé, et que son omission même, sans disposition expresse de la loi à cet effet, doit entraîner la nullité de la procédure (Cassat., 7 janvier 1847; Sirey, 50, 1, 333).

Lorsque l'accusé est fugitif, on doit se conformer, pour la notification de l'arrêt de renvoi, aux articles 68 et 69 du Code de procédure civile. De nombreux arrêts l'ont ainsi décidé (V. F. H., t. VI, p. 447 et suiv. — Cass., 22 avril 1852, B. n° 129; 16 octobre 1845, Sirey, 46, 1, 159; 12 février 1846, Sirey, 46, 1, 239).

La combinaison des articles 465 et 466 avec l'article 470 qui

exige la production de l'acte de notification de l'ordonnance, a fait reconnaître que la loi demande deux actes distincts. Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé : « Vu les articles 466, « 470 du Code d'instruction criminelle, 68, 69 et 70 du Code « de procédure civile, que la loi ne spécifie que les formalités « dont elle exige l'accomplissement; qu'en obligeant la Cour « d'assises à prendre connaissance de l'acte de notification de « l'ordonnance ayant pour objet la représentation du contumax, « l'article 470 a virtuellement entendu que cet acte serait dis- « tinct du procès-verbal dressé pour constater la publication et « l'affiche de ladite ordonnance, et voulu par cela même que le « ministère public fût tenu d'y faire procéder et de le produire; « que ces deux obligations étant corrélatives, il s'ensuit que la « notification de l'ordonnance dont il s'agit doit nécessairement « en accompagner la publication et l'affiche; que le législateur « a pu se contenter de l'avoir prescrite, et se dispenser d'en « régler particulièrement la forme, puisque celle-ci, à défaut « d'une disposition spéciale, se trouve naturellement régie par « les principes du droit commun; qu'ainsi, pour que l'ordon- « nance de se représenter soit légalement exécutée contre le « contumax d'après la combinaison des articles 466 et 470, il « faut : 1° qu'elle lui soit notifiée conformément aux articles « 68 et 69 du Code de procédure civile; 2° qu'elle soit également « publiée à son de trompe ou de caisse et affichée à la porte du « domicile de l'accusé, à celle du domicile du maire et à celle « de l'auditoire de la Cour d'assises; 3° que les publications et « affiches aient lieu chacune le dimanche; 4° que les procès- « verbaux dressés pour justifier qu'il a été satisfait à ces deux « dernières conditions soient visés comme l'exigent, suivant les « circonstances, les articles 68 et 69; que ces formalités sont « d'ordre public et par suite substantielles, en sorte que l'o- « mission d'une d'elles suffit pour entraîner la nullité de l'in- « struction (Cass., 29 juin 1833; Sirey, 33, 1, 785). C'est par « erreur que M. Massabiau, sous son n° 2833, déclare que la « publication et l'affiche à la porte du domicile de l'accusé con- « stituent une notification légale et suffisante de l'ordonnance, « et que toute autre notification est inutile et frustratoire; il a « du reste soin de se réfuter lui-même quelques lignes plus bas « (n° 2835); il a sans doute été trompé par des arrêts antérieurs « de la Cour suprême qui avait d'abord jugé que la publication

« contenait en soi notification » (Cass., 19 mai 1826, 24 novembre 1826; Sirey, C. N., 8).

Nous n'insisterons pas davantage sur les difficultés qui peuvent s'élever au sujet des significations des arrêts de mise en accusation et des ordonnances de se représenter; nous avons voulu seulement leur faire application des principes qui leur sont communs avec les mandats.

L'exécution des mandats et ordonnances de prise de corps peut rencontrer certaines difficultés provenant de la situation des personnes contre lesquelles ils ont été décernés. C'est ainsi qu'aucun mandat lancé contre des membres ou des élèves de l'Université ne peut être exécuté dans l'intérieur des lycées, collèges ou autres écoles publiques, si l'agent porteur du mandat n'en a reçu l'autorisation spéciale et par écrit du procureur général ou de l'un de ses substituts (décret du 15 nov. 1811). — Nous n'insisterons pas sur ces différentes dispositions, dont le détail nous entraînerait trop loin.

V. — Exécution de la loi du 7 mai 1863.

Da mandat de dépôt délivré par le procureur impérial.

Ce travail était terminé lorsque la loi du 7 mai 1863, insérée au *Bulletin des lois* le 1^{er} juin suivant, est venue, pour certains cas, modifier profondément le système que nous avons exposé. Nous devons, aussi brièvement que cela nous sera possible, étudier quelles sont ces modifications et rechercher les solutions qui doivent être données aux difficultés qu'elles soulèvent.

Le principe fondamental qui gouverne toute notre législation en matière de détention préventive est que le magistrat instructeur seul a le droit de mettre un inculpé sous mandat de dépôt ou d'arrêt (24 C. instr. crim.). Les officiers du ministère public peuvent seulement décerner, lorsqu'un crime est flagrant, un mandat d'amener (40-41 C. instr. crim.), et dans une circonstance toute spéciale, sur la demande même de la partie intéressée, un mandat de dépôt (100 C. instr. crim.). Dans tous autres cas, ils se bornent à requérir les mesures qui leur paraissent nécessaires, et s'il n'est pas fait droit à leurs réquisitions, la chambre des mises en accusation statue sur les oppositions formées aux ordonnances des juges d'instruction (61, 135 C. instr. crim.).

La loi nouvelle déroge à ce principe, dans le cas où l'inculpé est arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles.

Voici le texte de la loi :

« Art. 1. Tout inculpé arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est immédiatement conduit devant le procureur impérial qui l'interroge, et, s'il y a lieu, le traduit sur-le-champ à l'audience du tribunal. Dans ce cas, le procureur impérial peut mettre l'inculpé sous mandat de dépôt.

« Art. 2. S'il n'y a point d'audience, le procureur impérial est tenu de faire citer l'inculpé pour l'audience du lendemain. Le tribunal est au besoin spécialement convoqué.

« Art. 3. Les témoins peuvent être verbalement requis par tout officier de police judiciaire ou agent de la force publique. Ils sont tenus de comparaître sous les peines portées par l'article 157 du Code d'instruction criminelle.

« Art. 4. Si l'inculpé le demande, le tribunal lui accorde un délai de trois jours au moins pour préparer sa défense.

« Art. 5. Si l'affaire n'est pas en état de recevoir jugement, le tribunal en ordonne le renvoi, pour plus ample information, à l'une des plus prochaines audiences, et, s'il y a lieu, met l'inculpé provisoirement en liberté avec ou sans caution.

« Art. 6. L'inculpé s'il est acquitté est immédiatement et nonobstant appel mis en liberté.

« Art. 7. La présente loi n'est pas applicable aux délits de presse, aux délits politiques ni aux matières dont la procédure est réglée par des lois spéciales. »

Il nous suffit d'avoir transcrit cette loi, conçue dans un esprit libéral et destinée à rendre de précieux services au milieu des grands centres de population, pour en faire comprendre l'économie générale. Nous ne nous proposons pas d'en étudier à fond toutes les dispositions, et encore moins de suivre ses adversaires sur le terrain où ils ont porté la discussion devant le Corps législatif ; ce que nous voulons, et ce que nous devons examiner, c'est le caractère propre du mandat de dépôt décerné par le procureur impérial. Son effet immédiat, relativement à la personne de l'accusé, est le même que s'il était décerné par un juge d'instruction : les injonctions qu'il contient sont les mêmes, et, dans l'un et l'autre cas, le gardien de la

maison d'arrêt doit détenir et conserver jusqu'à nouvel ordre l'individu qui en est l'objet. Mais à côté de ce droit nouveau se place pour le procureur impérial une obligation nouvelle, celle de traduire sur-le-champ l'inculpé à l'audience du tribunal, et s'il n'y a pas d'audience, de le faire citer pour celle du lendemain, le tribunal étant au besoin spécialement convoqué. La comparution de l'inculpé devant le tribunal a-t-elle pour effet de faire tomber le mandat de dépôt, de telle sorte que si l'affaire est renvoyée, celui-ci ne doit plus garder la prison qu'en vertu d'un nouveau mandat décerné par le tribunal même qui a ordonné la remise ? Au premier abord, si l'on se laissait dominer par les idées anglaises, sous l'influence desquelles cette loi a été faite, on serait tenté de croire qu'il en est ainsi, et si les explications fournies au Corps législatif par M. Suin, commissaire du gouvernement, repoussent l'idée d'un mandat nouveau, tout au moins pourraient-elles être de nature à faire croire que le mandat doit être maintenu par le tribunal. « Ce n'est plus le mandat du procureur impérial qui le retient, disait M. Suin, c'est le maintien de ce mandat, si vous voulez ; mais enfin c'est le tribunal qui refuse de mettre l'individu en liberté provisoire et qui, en maintenant le mandat, se l'approprie » (*Moniteur* du 8 mai 1862). Il ne faut cependant pas prendre ces paroles trop à la lettre et croire que le tribunal doit expressément prononcer le maintien du mandat. La rédaction de l'article 5 ne peut laisser à cet égard aucun doute : le tribunal a le droit de mettre l'inculpé, s'il y a lieu, provisoirement en liberté, avec ou sans caution ; il n'est pas obligé de statuer expressément sur cette question, et s'il ne lève pas le mandat de dépôt, celui-ci subsiste. Sans doute, par le fait, le tribunal maintient le mandat de dépôt, comme le disait M. Suin, en ce sens qu'il ne prend pas les mesures qu'il faut prendre pour le faire tomber, et cette discussion peut au premier abord paraître très-subtile et sans grand intérêt. Mais si l'on y réfléchit, on voit qu'il n'en est pas ainsi ; et d'abord il est important de savoir si une disposition doit être insérée dans un jugement ou s'il suffit qu'elle s'induisse de l'absence de dispositions contraires : il y aura même ici ce fait singulier en matière criminelle, c'est que le silence du tribunal s'interprétera, non en faveur du prévenu, mais contre lui. Mais il y a un intérêt plus grand encore à savoir si le mandat décerné par le procu-

reur impérial conserve son effet, et pour cela, au lieu de supposer une simple remise de l'affaire, nous n'avons qu'à nous placer dans l'hypothèse ou une condamnation à l'emprisonnement a été prononcée contre le prévenu. Pendant dix jours le jugement est susceptible d'appel, et il n'est dans le Code d'instruction criminelle aucune disposition qui autorise les juges à ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions. En vertu de quel titre le gardien de la maison d'arrêt, pendant ce délai, pourra-t-il conserver le condamné? est-ce en vertu du jugement susceptible d'appel? Non : la décision n'est pas définitive. Il faut cependant que l'on continue à s'assurer de la personne du condamné, et c'est le mandat de dépôt décerné par le procureur impérial, qui le retiendra dans la maison d'arrêt. Cela sera vrai, surtout si un appel est interjeté par le condamné, et l'effet du mandat subsistera, non pas seulement pendant dix jours, mais encore pendant tout le temps qui s'écoulera jusqu'à l'audience de la Cour, puisque ce mandat demeure le seul titre incontesté de la détention : bien plus, si le condamné n'a pas réussi dans son appel, la peine ne comptera que du jour de l'arrêt de la Cour impériale, la détention préventive s'étant prolongée jusqu'à cette époque (24 C. pén. — M. Blanche, *Études*, n^o 121 et 122). Cette solution est sans doute rigoureuse, mais elle ressort des dispositions du Code d'instruction criminelle, que la loi nouvelle ne modifie en aucune façon.

Lorsque le mandat de dépôt a été décerné par le juge d'instruction et que celui-ci est dessaisi de l'affaire, l'inculpé peut en tout état de cause, dans les cas et selon les formes prévues par la loi (inst. crim. 113 et suiv.), demander sa mise en liberté sous caution : il peut adresser la même requête sur l'appel porté à la Cour impériale. Celle-ci est compétente pour statuer, mais ne peut ordonner la mise en liberté que sous caution et en se conformant d'ailleurs à certaines prescriptions. En serait-il de même si la requête de mise en liberté était présentée par un individu retenu en vertu du mandat de dépôt décerné par le procureur impérial? Nous ne le pensons pas. La Cour impériale, en statuant sur la requête, devrait, comme le tribunal de première instance, avoir toute latitude, et partant pourrait ordonner la mise en liberté pure et simple de l'appelant sans être obligée d'exiger une caution. Toutefois nous croyons qu'il faudrait faire ici

application des règles que nous avons déjà posées en traitant de la levée des mandats de dépôt. La mise en liberté pure et simple est une mesure que le tribunal et la Cour ont le droit de prendre, mais c'est là une mesure gracieuse et non contentieuse; de telle sorte que si le tribunal de première instance refusait à un prévenu détenu sous mandat du procureur impérial, la levée de ce mandat, le prévenu n'aurait pas le droit d'attaquer cette décision par la voie de l'appel. Le tribunal et la Cour ne seraient même pas obligés de statuer sur une pareille requête. L'article 5 de la loi du 7 mai 1863 ne donne pas au prévenu un droit nouveau, elle concède au tribunal un pouvoir qu'il n'avait pas. Le droit du prévenu reste le même : c'est celui qui est écrit dans les articles 113 et suivants du Code d'instruction criminelle.

Seulement sur la requête en mise en liberté provisoire sous caution, seule requête possible, l'autorité judiciaire pourra accorder la liberté pure et simple; elle pourra même, et ce sera sans doute là le cas le plus fréquent, ordonner d'office cette mise en liberté. Enfin, pour terminer sur ce sujet, remarquons que le tribunal n'est pas, comme le juge d'instruction, pour la levée du mandat de dépôt; lié par les conclusions du ministère public, en ce sens que si elles sont défavorables, il ne puisse passer outre.

Si le mandat de dépôt délivré par le procureur impérial conserve son effet après la remise de l'affaire et même après la condamnation de l'inculpé, il en est autrement si celui-ci vient à être acquitté. L'inculpé, s'il est acquitté, doit, aux termes de l'article 6, être immédiatement et nonobstant appel, mis en liberté. L'article 206 du Code d'instruction criminelle, qui donne au procureur impérial la faculté de retenir pendant trois jours sous le mandat de dépôt du juge d'instruction, le prévenu acquitté, pour délibérer sur l'appel à interjeter, est ici inapplicable; bien plus, alors même que l'appel serait immédiatement notifié, à l'audience, au moment de l'acquiescement, on ne pourrait s'opposer à la mise en liberté. L'exposé des motifs de la loi s'exprime ainsi à cet égard : « L'article 206 « a sa raison d'être quand une instruction préparatoire « et une ordonnance de mise en prévention peuvent entrer « en balance avec un jugement d'acquiescement, et établir une « présomption assez forte pour maintenir l'état d'arresta-

« tion en présence d'un appel même encore incertain ; mais
 « en matière de flagrant délit, dans une loi qui a pour objet la
 « diminution de la détention préventive, il nous a semblé que
 « nous mettrions la loi en contradiction avec son but, si nous
 « maintenions la détention préventive lorsqu'il n'y a, d'un côté,
 « que le soupçon du procureur impérial et, de l'autre, le juge-
 « ment prononcé par tout un tribunal. »

Mais cette restriction au droit complet d'appel du ministère public ne doit pas être étendue au delà du cas prévu par l'article 6 de notre loi. Dès qu'une condamnation aura été prononcée, si légère qu'elle soit, le mandat de dépôt du procureur impérial conservera son effet, jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel, si toutefois il a été notifié en temps utile.

On comprend facilement, en effet, la différence qui existe entre le cas d'un acquittement, hypothèse d'ailleurs difficile à imaginer puisqu'il s'agit ici de flagrant délit, et celui où le ministère public pense que la condamnation prononcée est insuffisante. Ce sont là deux situations complètement différentes, qui ne sauraient être régies par les mêmes règles.

La question est plus délicate si le prévenu est condamné à une simple amende. M. Suin disait devant le Corps législatif, en commentant l'article 6 : « Le mandat de dépôt a disparu ; il
 « n'existe plus, il n'aura pas duré un jour, car après avoir été
 « conduit à l'audience, l'inculpé a été acquitté, renvoyé immé-
 « diatement. S'il est acquitté *ou condamné à une simple amende*,
 « le mandat de dépôt est tombé, c'est bien entendu ; s'il est
 « condamné, ce n'est plus en vertu du mandat de dépôt qu'il
 « est retenu, c'est en vertu du jugement de condamnation.
 « Ainsi comme mandat de dépôt il a déjà cessé son œuvre. »
 Tout cela est-il bien exact ? L'honorable conseiller d'État, commissaire du gouvernement, paraît avoir oublié la disposition finale de l'article 203 du Code d'instruction criminelle, qui veut que pendant le délai et l'instance d'appel il soit sursis à l'exécution du jugement. Il paraît avoir oublié aussi les articles 23 et 24 du Code pénal, qui ne laissent aucun doute sur ce point que nous avons déjà rappelé, à savoir que pendant les délais et l'instance d'appel le mandat de dépôt est le titre de la détention, et que si, dans certaines circonstances, le temps compte néanmoins dans la supputation de la peine, ce n'est que par une exception à la règle générale, exception que men-

tionne expressément l'article 24. Nous croyons que cet oubli a amené dans l'esprit de l'orateur du gouvernement une confusion qui lui a fait assimiler l'acquittement de l'inculpé au cas où il est condamné à une simple amende. Ce que nous avons dit plus haut repousse complètement cette assimilation, qui serait d'ailleurs fort dangereuse et nous entraînerait sur une pente où il serait bien difficile de s'arrêter. Si l'on se préoccupe de cette idée, qu'il ne faut pas qu'après le jugement du tribunal le condamné puisse être détenu préventivement, sur l'appel du ministère public, il faut ordonner sa mise immédiate en liberté toutes les fois que la peine prononcée contre lui sera inférieure en durée au temps qui s'écoulera jusqu'au jour où la Cour impériale statuera sur l'appel, ou bien priver, en ce cas, le ministère public de son droit d'appel. N'est-il pas plus raisonnable de s'en tenir au texte même de la loi qui ne prévoit que le cas d'acquittement, seul cas aussi prévu par l'exposé des motifs, et de décider que toutes les fois qu'il interviendra une condamnation, fût-ce même une simple amende, si le tribunal avant de statuer n'a pas levé le mandat de dépôt, on demeurera dans les termes du droit commun, le procureur impérial pouvant user de la faculté qui lui est attribuée par l'article 206 du Code d'instruction criminelle. Cette solution est rigoureuse, nous le reconnaissons; elle est même contraire à l'esprit de la loi, et nous croyons que, dans la pratique, les magistrats du ministère public feront bien de n'user de leur droit que dans le cas d'extrême nécessité.

Bien d'autres difficultés peuvent s'élever au sujet de l'exécution de cette loi; mais, comme elles n'ont pas un rapport direct avec le sujet que nous avons voulu traiter, nous les laissons de côté.

Et maintenant que cette étude est terminée, ne pouvons-nous pas dire que si notre législation criminelle sur la détention préventive telle qu'elle demeure en dehors des cas prévus par la loi de 1863 n'est pas parfaite, que si, comme toutes les institutions humaines, elle est susceptible de se perfectionner avec le temps, elle ne mérite cependant pas les attaques violentes qui ont été dirigées contre elle? L'esprit public a été frappé de quelques événements à jamais déplorables, et c'est au législateur qu'il en a demandé compte. Cela est-il bien juste? Quand on passe de la théorie à la pratique des affaires, il se présente

mille questions que souvent l'on n'a pu prévoir dans la discussion de la loi et qui sont parfois des obstacles sérieux à son exécution. N'y aurait-il pas surtout des réformes urgentes à introduire dans notre système pénitentiaire? Au point de vue même qui nous occupe, les maisons de prévention sont-elles bien ce qu'elles devraient être, et les prévenus y trouvent-ils les égards auxquels ils ont droit, alors qu'ils sont encore couverts par une présomption légale d'innocence? Leur séparation d'avec les condamnés est-elle toujours bien complète, et enfin ne devraient-ils pas même être séparés les uns des autres? Ne devrait-on pas surtout leur épargner cette humiliation d'avoir à traverser parfois toute une ville pour se rendre au cabinet d'instruction? (V. *Journal du ministère public*, septembre 1863.) Ce sont là des améliorations qu'il n'appartient pas aux magistrats de réaliser, mais qu'ils appellent de tous leurs vœux.

GEORGES REYNAUD.

BIBLIOGRAPHIE.

COMMENTAIRE-TRAITÉ DES PETITS CONTRATS.

Par M. PAUL PONT,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. A. SELIGMAN,
vice-président du tribunal civil de Chambéry.

Le *Commentaire-traité des petits contrats*, que M. Paul Pont vient de faire paraître, était attendu impatiemment par les jurisconsultes et les praticiens.

L'auteur de ce nouveau livre a mis cinq années pour mûrir son travail avant de le livrer à la publicité.

Quand on est en possession de l'autorité que M. Paul Pont s'est acquise par ses remarquables dissertations dans la *Revue critique de législation*, par l'excellent *Traité du contrat de mariage* fait en collaboration avec M. Rodière, par le *Commentaire des privilèges et hypothèques*, que les hommes les

plus éminents¹ placent parmi les meilleurs ouvrages sur cette matière si difficile, on ne peut pas oublier qu'en toute chose noblesse oblige.

Dans ce nouveau livre, M. Paul Pont traite, en suivant pas à pas les dispositions du Code, du prêt à usage, du prêt de consommation et ensuite du prêt à intérêts, qui, selon l'auteur, aurait été mieux placé dans le titre *du Louage*; de plus, il s'y occupe du dépôt, du séquestre et des contrats aléatoires. — On voit par cette énumération que, sous ce titre de *Petits contrats*, l'auteur explique les matières les plus usuelles : le prêt à intérêts, le dépôt surtout dans les hôtels, le jeu et le pari sont les contrats les plus fréquents qui créent les relations si multiples de la société actuelle.

Notre Code a posé des règles sur ces matières dans un petit nombre d'articles; mais depuis son achèvement mille questions inattendues sont venues s'offrir aux magistrats. « Car les lois « une fois rédigées, dit Portalis, demeurent telles qu'elles sont « écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; « ils agissent toujours; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas « et dont les effets sont si diversement modifiés par les circon- « stances, produit à chaque instant quelque combinaison nou- « velle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. »

M. Paul Pont éclaircit chacune des dispositions qu'il commente par les motifs qui les ont inspirées, et, après en avoir montré l'esprit, il fait ressortir le principe général qui domine la matière, et il ramène les nombreuses questions qu'il traite à ce principe lumineux qui les éclaire toutes dans les moindres détails.

Ce qui fait la supériorité de l'ouvrage, c'est qu'à côté de la fermeté dans la doctrine qu'il expose avec précision et netteté, l'auteur se préoccupe constamment de l'appréciation pratique : il examine consciencieusement toutes les espèces dans lesquelles la controverse s'est élevée, et présente le tableau le plus complet et le plus exact de l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine dans les matières auxquelles il a consacré ses veilles.

Par sa haute position dans la magistrature, M. Paul Pont sait

¹ V. compte rendu par M. Hébert, ancien garde des sceaux, dans le *Journal des Débats*.

mieux que personne que la jurisprudence des cours offre de grandes garanties de vérité et de sagesse, parce que les arrêts contiennent dans leurs motifs souvent une interprétation claire et précise du texte de la loi et s'épurent journallement par la pratique et le choc des débats judiciaires.

Sans doute un arrêt, quelque solennel qu'il soit, ne doit pas être reçu comme un oracle, il ne doit pas imposer silence à la raison, ni interdire un nouvel examen. Aussi arrive-t-il quelquefois à M. Paul Pont de combattre la jurisprudence lorsqu'elle ne lui paraît pas conforme à la pensée de la loi. Il n'entre pas dans le cadre étroit d'un compte rendu d'examiner toutes les questions sur lesquelles notre auteur se met en opposition avec la jurisprudence, et de prendre parti par un avis motivé. Mais signalons notamment, dans les explications sur le taux maximum établi par la loi de 1807, la dissertation par laquelle l'auteur s'élevant contre la jurisprudence reçue, conteste qu'on puisse dépasser le taux de 6 p. 100 en matière de commerce au moyen des opérations de l'escompte et de la commission : tandis que les arrêts et la plupart des auteurs voient dans la première de ces opérations la vente d'une créance future, et dans la seconde un louage de service venant s'ajouter au prêt, et fait ainsi échapper les banquiers aux lois sur l'usure ; M. Paul Pont s'attache à soutenir que l'escompte doit être considéré comme une variété du prêt à intérêt, et la commission comme un intérêt déguisé.

Il combat aussi la jurisprudence en ce qu'elle tolère que la prohibition de stipuler des intérêts excédant le taux légal ne s'applique pas aux conventions dans lesquelles le prêteur se soumet à des risques extraordinaires.

« Sans doute, ajoute M. Paul Pont dans son n° 287, de telles
« concessions s'expliquent et peuvent être commandées par la
« force des choses, par les nécessités économiques, par les
« quasi-impossibilités que l'application de la loi de 1807 ren-
« contre dans la pratique, et l'on peut les regarder comme
« faisant à cette loi une de ces *heureuses violences* dont un ma-
« gistrat éminent parlait récemment. Mais il ne faut pas qu'on
« s'y trompe, elles vont toutes contre la pensée du législateur,
« qui en établissant un maximum d'intérêt a entendu faire de
« ce maximum une règle strictement obligatoire. Que la loi
« soit mauvaise en elle-même, que l'abrogation en soit dési-

« rable, certes nous l'admettons; mais ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient de l'abroger. Elle est la loi, en définitive, et tant qu'elle est debout, elle doit être obéie, c'est-à-dire respectée dans son principe et appliquée dans ses conséquences. »

Ces dernières expressions montrent quant à la loi de 1807 elle-même, ainsi appliquée dans toutes ses conséquences avec une logique si stricte, que l'auteur la considère comme mauvaise et désirerait qu'elle fût abrogée en France comme elle l'a été depuis longtemps en Hollande, en Angleterre, en Espagne, en 1857 en Italie, sous les auspices du comte de Gavour, et récemment en Belgique. M. Paul Pont développe la thèse de la liberté de l'intérêt par des arguments pressants, et réfute en certains points avec vigueur l'opinion contraire soutenue notamment par M. le procureur général Dupin, en 1836 à la Chambre des députés, en 1862 au Sénat.

Que M. Paul Pont me permette cependant de ne pas partager complètement son avis, surtout en ce qui concerne le prêt en matière civile. On conçoit, en effet, que les commerçants, surtout dans les centres d'une certaine importance, comprennent parfaitement la portée de leurs engagements quand ils s'adressent à la caisse des banquiers pour obtenir un prêt, et qu'aucune surprise n'est à craindre pour eux. D'un autre côté, il peut se présenter telle opération commerciale si avantageuse que le loyer du capital, fût-il même élevé, laisserait encore un large gain au négociant qui est obligé de l'emprunter pour réaliser son entreprise. Ajoutons à cela que le crédit commercial ne repose en général que sur la confiance en la personne du débiteur sans autre garantie réelle.

Il paraît donc juste que dans ces circonstances il n'y ait pas une limite légale pour le taux de l'intérêt, puisque les motifs de le fixer ne peuvent être appréciés par une disposition générale du législateur, mais sont tous individuels entre les parties contractantes; c'est donc le cas de laisser toute liberté à leurs conventions.

Je ne me dissimule pas que dans la pratique, surtout dans les petites villes et à la campagne, une des causes principales des nombreuses faillites, ce sont les intérêts usuraires que les escompteurs de bas étage prélèvent sur le petit commerce, et que des poursuites judiciaires contre ces usuriers ont produit un

heureux résultat en sauvant les autres négociants de la ruine qui les menaçait, et les maisons de commerce qui leur fournissaient des marchandises, de grosses pertes. Tout en reconnaissant cependant ces inconvénients, les avantages de la liberté du taux de l'intérêt en matière de commerce les dépassent tellement que la réforme de la loi de 1807 me paraît désirable en ce point. D'ailleurs ne pourrait-on pas remédier à l'abus qu'on ferait de cette liberté de l'intérêt en matière commerciale en admettant par exemple, contrairement à la jurisprudence actuelle, la complicité pour la banqueroute simple, quand sciemment un prêteur de fonds, par un intérêt exagéré, aurait amené la ruine d'un commerçant?

Mais si nous penchons pour la liberté de l'intérêt en matière commerciale, il n'en est pas de même pour le prêt civil. En effet, ce prêt s'adresse alors à des personnes généralement peu habituées au maniement de fonds; les sûretés qui sont offertes aux capitalistes sont dans ce cas plutôt réelles que personnelles.

Ajoutons qu'un intérêt trop élevé stipulé par le prêteur, avec des garanties de privilèges ou d'hypothèques par exemple, ne serait pas en rapport avec les risques que court le capitaliste, et deviendrait écrasant pour l'agriculture qui a besoin souvent de recourir à l'emprunt pour faire fructifier le sol.

La loi de 1807 elle-même a proclamé ces distinctions entre l'intérêt en matière civile et l'intérêt en matière commerciale, en portant le taux maximum du premier à 5 et de l'autre à 6 p. 100.

Donc sans approuver complètement les partisans de la liberté absolue du taux de l'intérêt, comme MM. de Forcade, Chevalier, et notre auteur, ni les protectionnistes défenseurs de la loi de 1807 sur le taux maximum, comme M. le procureur général Dupin, nous verrions un progrès sage dans une loi qui permettrait aux parties de régler les intérêts par leur seule convention en matière de commerce, tandis qu'il serait prudent de maintenir la loi de 1807 pour le prêt civil; c'est le cas de citer l'ancien adage : *In medio stat veritas*.

Un point important dans lequel M. Paul Pont, au n° 352, ne partage pas l'avis des auteurs et des arrêts, est la distinction qu'on fait entre la rente portable et la rente quérable pour constituer un débiteur en demeure après échéance de deux années consécutives.

En effet, pour la rente quérable on admet généralement qu'il faut une sommation faite par un huissier porteur de la quittance, tandis que pour la rente portable cette formalité n'est pas nécessaire : *Dies interpellat pro homine*.

M. Paul Pont ne trouve les termes de l'article 1912 ni assez précis ni assez significatifs pour en faire sortir une mise en demeure sans sommation et par la seule échéance du terme; aussi soutient-il, malgré le cortège imposant d'auteurs et d'arrêts qui appuient l'opinion contraire, que le débiteur d'une rente même portable, qui reste deux ans sans payer les arrérages, ne peut cependant être contraint au remboursement du capital qu'après avoir été mis en demeure par une sommation.

Dans le titre qui traite du dépôt et du séquestre, nous signalons surtout à la pratique les développements judiciaires donnés par l'auteur dans son interprétation des articles 1952, 1953 et 1954, relatifs à la responsabilité des aubergistes et hôteliers comme dépositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux.

Parmi les contrats aléatoires, M. Paul Pont traite spécialement du jeu et du pari ainsi que de la rente viagère. Avant d'aborder le commentaire des articles concernant le jeu et le pari, l'auteur nous trace une histoire abrégée de la législation sur le jeu et le pari en droit romain, dans l'ancien droit français jusqu'au moment de la rédaction du Code Napoléon. Il nous montre toute la sévérité de la loi romaine en cette matière, puisque, d'après un sénatus-consulte attribué à Septime-Sévère, il était défendu de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, excepté à ceux qui tenaient à l'exercice du corps; et Justinien renchérissant sur la sévérité de ce sénatus-consulte, non-seulement maintenait le droit conféré au perdant de répéter la somme payée en acquit de dettes de jeu, mais déclarait aussi que cette action en répétition ne serait éteinte qu'après une durée de cinquante ans, et ordonna même que les officiers municipaux de la ville où il avait été joué contrairement aux prohibitions de la loi, exerçassent eux-mêmes l'action en répétition, si le joueur ou ses héritiers avaient négligé de le faire (L. 1, 2, 3, C., *De aleatoribus et alearum lusu*).

En France, au contraire, les anciennes ordonnances royales n'admettaient pas la répétition des sommes perdues en principe; seulement l'ordonnance de Moulins, rendue en 1566,

l'accordait aux mineurs par exception. Le pari, au contraire, était considéré, en droit romain, comme permis, pourvu que dans sa cause ou dans son objet, dit M. Paul Pont, il ne fût pas contraire à la loi, à la morale, à l'honnêteté publique, tandis que le jeu n'existe pas comme contrat, il était illicite et prohibé. Un ancien auteur, Scaccia, essayait de justifier cette différence entre le jeu et le pari; mais M. Troplong a démontré que les considérations des anciens auteurs n'avaient pas une valeur sérieuse. Aussi les rédacteurs de nos Codes ont assimilé complètement le jeu et le pari, et en les plaçant sur la même ligne, ils ont édicté des dispositions communes à l'un et à l'autre.

M. Paul Pont prétend que le jeu et le pari constituent aujourd'hui un contrat civil et sont la source d'une obligation civile, à moins qu'il ne s'agisse du pari sur la hausse ou sur la baisse des effets publics.

Nous admettons volontiers avec M. Paul Pont que le jeu et le pari sont des contrats qui ont pris rang dans le droit positif, puisque le Code Napoléon s'en occupe spécialement dans les articles 1964, 1965 à 1967. Mais l'obligation qu'ils engendrent est plutôt naturelle que civile, puisque la loi n'accorde aucune action pour dettes de jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1955), tandis qu'à une obligation civile correspond le droit de la faire valoir en justice. Il est vrai, dit M. Paul Pont, que l'article 1967 qui défend la répétition de ce que le perdant aurait payé volontairement eût été alors inutile, puisque l'article 1235 dit que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Mais cette objection disparaît si l'on considère que plus d'une fois le Code répète, dans les articles concernant un contrat particulier, un principe déjà émis sous le titre *des Contrats ou Obligations conventionnelles en général*.

D'ailleurs il y avait une raison spéciale d'édicter l'article 1967, puisque d'après l'ordonnance de 1629 les conventions et promesses faites pour le jeu sont déchargées de toutes obligations *civiles* et *naturelles*; c'est pour éviter les conséquences qu'on aurait pu tirer de l'ancienne législation que la disposition de l'article 1967 a été nécessaire.

Quoi qu'il en soit de la nouvelle théorie de M. Paul Pont relative à l'obligation civile naissant du jeu ou du pari, elle ne paraît pas avoir une grande importance pratique. Aussi dans

l'explication des articles 1965 à 1967 elle prend peu de place, si ce n'est lorsque M. Paul Pont parle de la novation ou du cautionnement d'une dette de jeu, et comme il le dit lui-même au n° 643, il y a là plutôt l'intérêt d'un principe que l'auteur est d'autant moins disposé à sacrifier, qu'il doit avoir pour lui l'amour de la paternité. Du reste le commentaire des articles concernant le jeu et le pari ne laisse dans l'ombre aucune des questions nombreuses et difficiles que cette matière présente dans la pratique.

Rappelons ici que M. Paul Pont se sépare même de son ami Marcadé, lorsque l'avis de ce dernier lui paraît erroné : *Amicus Plato, magis amica veritas*. Ainsi Marcadé admet que le payement fait pour le jeu de bourse sur la hausse ou la baisse des effets publics donne lieu au droit de répétition comme fait en vue d'une cause contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Il se fonde sur les articles 1131 et 1133 du Code Napoléon, d'après lesquels une telle convention n'est susceptible d'avoir aucun effet civil. Donc le payement, même volontairement effectué, aurait eu lieu sans cause, et ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. Mais M. Paul Pont répond avec la jurisprudence que la répétition dans ce cas ne doit pas être permise, parce que les contrats illicites chez les deux contractants n'ouvrent pas plus d'action à la partie qui voudrait faire exécuter qu'à celle qui tenterait de revenir sur l'exécution qu'elle aurait volontairement et librement donnée.

Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse, et ideo repetitionem cessare dicimus.

Dans la limite restreinte d'un compte rendu, il ne nous est permis de faire connaître le nouveau livre de M. Paul Pont autrement que par les indications sommaires que nous venons de donner. D'ailleurs le haut mérite de l'auteur, sa profonde science et sa valeur comme magistrat ont été depuis longtemps appréciés, et le livre qu'il publie aujourd'hui ne fera que grandir sa réputation justement acquise.

A. SELIGMAN.

TRAITÉ DE DROIT COMMERCIAL.

Cours professé à la Faculté de droit de Paris par M. BRAVARD-VEYRIÈRES ;
publié, annoté et complété par M. DEMANGEAT, professeur à la Faculté de
droit.

Compte rendu par M. MIMEREL,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Les traités d'ensemble sur notre législation commerciale sont beaucoup plus rares que sur le droit civil. Les juristes qui se livrent plus spécialement à son étude, choisissent des sujets restreints et publient des monographies; il en est peu qui osent entreprendre un commentaire du Code de commerce entier. M. Alauzet et M. Bédarride sont peut-être les seuls qui, depuis M. Pardessus, l'éminent professeur d'il y a trente ans, n'aient pas reculé devant les difficultés d'une semblable tâche. Ne serait-ce pas que chacun sent ce que M. l'avocat général Blanche n'a pas craint de proclamer dans une occasion solennelle, avec l'autorité qui s'attache à son talent et à sa haute fonction, que notre législation commerciale n'est plus en rapport avec les développements de notre commerce, et que le Code de 1808 ne suffit plus aux besoins du régime économique auquel a donné naissance l'activité toujours croissante de nos sociétés modernes? Comment dévouer sa vie à cette œuvre ingrate, d'élever un monument d'une aussi considérable importance sur un sol qui est en danger de manquer à tout instant? Comment ne pas s'arrêter devant la crainte de voir bientôt l'édifice s'écrouler, au moins dans quelques-unes de ses parties, dans celles-là peut-être qui auront exigé le plus de peine et sans lesquelles l'ouvrage doit perdre son meilleur prix?

Il semble que ces considérations ont dû se présenter à l'esprit de M. Bravard lui-même et le retenir longtemps. Car après un brillant enseignement de près de vingt-neuf ans, qui avait assuré à son nom une incontestable autorité en matière de législation commerciale, après de si longues études sur ce sujet, après une active participation aux travaux de plusieurs Assemblées législatives, il est mort sans avoir publié son livre comme le savant prédécesseur qu'il avait su remplacer; car on ne saurait tenir compte, dans les annales de la science du droit,

du petit manuel qu'il avait donné depuis bien des années déjà, analyse tout à fait sommaire de son cours, plutôt destinée à la préparation des examens de l'école qu'à la bibliothèque et aux méditations des jurisconsultes. Comment comprendre qu'il eût tant tardé à mettre la main à une œuvre dont tous les matériaux étaient prêts pour lui depuis si longtemps, s'il n'avait pas attendu les réformes dont, comme tout le monde et mieux que beaucoup d'autres, il sentait parfaitement la nécessité, et dont en bien des occasions il avait réclamé l'accomplissement? Cependant c'est une vérité que l'expérience confirme chaque jour, que rien n'est souvent si durable que ce qui est reconnu par tout le monde ne plus suffire à son objet, et ne devoir conserver qu'une existence provisoire, et M. Bravard avait sans doute à la fin renoncé à attendre davantage une révision du Code de commerce de 1808; car son honorable publicateur, dans l'avertissement placé en tête du *Traité*, nous apprend que dans les quatre dernières années de sa vie il faisait sténographier toutes ses leçons, et que lui-même, à peine descendu de sa chaire, il prenait le soin de consigner par écrit ce qu'il venait d'enseigner à ses élèves.

La mort l'a saisi au milieu de ce travail, et il a été prématurément enlevé à la science, ne laissant encore que ces leçons sténographiées ou reproduites par lui, sans qu'il les eût retouchées et leur eût imprimé leur forme définitive. Le *Traité* ne pouvait paraître en cet état, et il fallait, pour le mettre en situation de répondre à l'attente du public et de justifier la réputation de l'auteur, en confier l'achèvement à un maître capable de tenir la place de celui qui n'était plus. Pour en faire d'ailleurs une publication vraiment utile, un ouvrage de premier ordre, digne de lutter avec ceux qui avaient précédé et obtenu jusqu'ici l'approbation des jurisconsultes, il était d'une absolue nécessité d'y introduire un élément nouveau qui d'habitude n'entre pas, du moins pour une part assez large, dans l'enseignement des écoles : je veux parler de l'étude de la jurisprudence. Dans aucune des branches de la science du droit, en effet, la jurisprudence ne saurait concourir aussi utilement que dans la matière commerciale aux progrès de la législation et à la formation des théories. Les combinaisons imaginées par le commerce sont infinies et essentiellement variées; elles se modifient selon les nécessités des temps; elles suivent les déve-

loppements de l'industrie, s'efforçant toujours de se plier à ses exigences, de satisfaire à ses besoins. Les sociétés notamment, qui étaient à l'état d'enfance en 1808, au moment de la confection du Code, se sont multipliées et ont pris les proportions les plus inattendues; elles s'entremêlent aujourd'hui de telle façon que rien n'est plus fréquent que de voir un négociant engagé à la fois dans plusieurs grandes entreprises et participant en même temps à plusieurs existences commerciales bien distinctes. Le Code de 1808, sur ce sujet comme sur bien d'autres, n'a point tout prévu et manque souvent des règles les plus indispensables. Ces règles, c'est la jurisprudence qui a dû les créer; elle s'est ainsi trouvée sur bien des points dans l'obligation de compléter la loi ou d'en modifier l'esprit, pour l'approprier aux situations nouvelles produites par les changements de l'industrie et des mœurs.

Une étude approfondie et complète de la jurisprudence est donc l'accessoire et le complément nécessaire de tout traité de droit commercial qui veut conquérir aujourd'hui une autorité magistrale et s'imposer aux jurisconsultes. Or cette étude, qui ne pouvait rentrer dans le cadre de l'enseignement des Facultés, M. Bravard ne l'avait point faite, soit que son esprit, plus naturellement porté aux spéculations de la pure théorie et aux considérations générales qui sont propres au législateur, dédaignât l'analyse des détails et l'examen des espèces, soit qu'il eût réservé la recherche et la critique des arrêts pour la dernière phase de son travail. Sous un double rapport donc, le *Traité de droit commercial* avait besoin d'être achevé par une main habile et consciencieuse; la forme des documents laissés par M. Bravard devait être retouchée avec discrétion; à la partie purement dogmatique de l'œuvre, il fallait ajouter le tableau des éléments fournis par la jurisprudence et la discussion des plus importantes questions nées du développement et de la transformation de l'industrie en France.

Pour remplir cette tâche délicate, on a fait choix d'un jeune professeur de la Faculté de Paris, que son vrai savoir et l'éclat de son enseignement désignaient tout naturellement. Nommer M. Demangeat, c'est assez dire qu'on ne pouvait la remettre aux soins d'un plus digne, et que M. Bravard a, dans son œuvre, un successeur qu'il ne désavouerait certainement pas. M. Demangeat a accepté la mission qui lui était offerte, et on ne

saurait trop lui savoir gré d'avoir consenti à prendre, dans l'intérêt de la science et de l'illustration de son ancien maître, le rôle modeste d'annotateur et d'éditeur, lui qui aurait si bien pu employer pour son propre compte et pour une œuvre personnelle ce qu'il consacre d'études et de talent à l'achèvement du *Traité de droit commercial*.

Du reste, M. Demangeat n'aura pas à regretter l'abnégation dont il a fait preuve en cette circonstance. Il n'est pas de rôle, si modeste, si secondaire qu'il paraisse, qui, lorsqu'il est rempli avec une véritable supériorité, ne suffise à mettre en relief le mérite et ne devienne un titre sérieux et justement apprécié pour la réputation d'un auteur. M. Demangeat a laissé la parole à M. Bravard; il s'est contenté d'ajouter des notes pour compléter l'enseignement du maître, et ne l'a prise à son tour que dans quelques appendices destinés à l'explication de certains détails qui n'avaient pas dû trouver place dans le cours fait à l'école, ou des modifications partielles que des lois récentes ont apportées dans les derniers temps. Mais nous ne craignons pas d'affirmer que ces notes et ces appendices, qui sont toujours traités avec autant de netteté que de sobriété et qui révèlent dans leur auteur toutes les qualités d'un esprit essentiellement juridique et toutes les ressources d'une profonde connaissance des diverses branches du droit, seront pour beaucoup dans le succès du livre et associeront de la manière la plus entière le jeune professeur au renom de son ancien maître. Loin de nous assurément la pensée de contester en rien le mérite éminent des travaux de M. Bravard et d'en vouloir en aucune façon rabaisser la valeur. Mais enfin un ouvrage de pure théorie sur le Code de commerce, surtout dans l'état d'évidente imperfection de notre législation, quelle que soit d'ailleurs la sûreté des doctrines et l'élévation des vues qui s'y rencontrent, ne saurait avoir de nos jours le privilège de se suffire à lui-même, comme, par exemple, le grand œuvre de Pothier, cette mine féconde de tous les principes de la science, et de se passer des annotations pratiques d'un commentateur. Ces annotations, en rapprochant de l'explication des textes les éléments dus à la jurisprudence, que les nécessités des choses l'ont amenée à créer par un travail incessant, assez semblable à celui que le préteur dut accomplir à Rome, communiquent la vie au commentaire doctrinal et en forment, nous l'avons dit, le complé-

ment indispensable. Aussi lorsque, comme celles de M. Demangeat, elles répondent pleinement à leur objet et sont à la hauteur de l'enseignement auquel elles sont jointes, la part qui revient à l'annotateur dans l'estime des jurisconsultes ne le cède en rien à celle qui appartient à l'auteur du livre lui-même.

Le *Traité de droit commercial* émané de la collaboration de MM. Bravard et Demangeat réunit donc toutes les conditions qui font les excellents ouvrages, et nous ne doutons pas qu'il ne jouisse bientôt de la plus légitime autorité. Il doit comprendre six volumes, assez pour qu'aucune partie de la matière ne soit sacrifiée, rien de trop cependant. Déjà deux ont paru, qui renferment des commentaires d'une importance capitale, l'un, celui du titre *Des sociétés*, l'autre celui du titre *Des lettres de change et effets à ordre*. C'est assez assurément pour juger ce que sera le *Traité* tout entier dans les mains d'un publicateur tel que M. Demangeat éditant l'œuvre d'un maître comme M. Bravard, et l'on peut prédire sans crainte, après avoir étudié ces deux premiers volumes, que ce nouveau livre donnera, dans un degré éminent, une égale satisfaction aux besoins de la pratique et à ceux de la doctrine, et qu'il ne sera pas moins bien accueilli, grâce aux annotations de M. Demangeat, dans les tribunaux que dans les écoles.

FL. MIMEREL.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Archipel des îles Normandes. V. Bibliographie.	
Assignation à bref délai. V. Procédure civile.	
Bibliographie. — Études sur la procédure civile, par M. Lavielle. . . .	80
— Histoire du droit criminel chez les Romains, par M. F. Walter, traduction de M. Picquet-Damesme. . . .	87
— L'archipel des îles Normandes, par M. Lecerf.	371
— Cours de droit administratif, par M. Th. Ducrocq.	376
— Commentaire-traité des petits contrats, par M. Paul Pont.	554
— Cours de droit commercial de M. Bravard, publié par M. Demangeat.	562
Cautlon. V. Histoire du droit.	
Chemins ruraux. V. Droit civil.	
Conciles d'Orléans. V. Histoire du droit.	
Conciliation. V. Procédure civile.	
Contrainte par corps. V. Droit civil.	
Contrat. V. Bibliographie.	
Cours de droit administratif. V. Bibliographie.	
Cours de droit commercial. V. Bibliographie.	
Délits de presse. V. Droit criminel.	
Détention préventive. V. Droit criminel.	
Droit administratif. — De la constitution des sections de commune et des moyens de reconnaître leur existence.	23, 123
Droit civil. — Des chemins ruraux.	143
— Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile.	193
— Observation.	385
— Étude sur le droit de succession.	515
Droit criminel. — Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de presse.	1
— De la détention préventive.	63, 349, 535
— Examen doctrinal de la législation en matière d'instruction criminelle.	97
— Examen doctrinal de la législation.	386
— Dissertation sur l'article 423 du Code pénal.	481

568 TABLE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

	Pages.
Droit commercial. — Du droit de suite sur les navires.	174
Droit public. — De l'option des mineurs savoisiens et niçois pour la nationalité italienne.	45
Études sur la procédure civile. V. Bibliographie.	
Flagrants délits. V. Droit criminel.	
Histoire du droit. — Histoire du contrat de société avant l'invasion des Barbares.	230
— Des conciles d'Orléans.	290
— Recherches sur la mise en liberté sous caution.	323, 410
Histoire du droit criminel chez les Romains. V. Bibliographie.	
Hypothèques. V. Législation.	
Jury. V. Législation.	
Législation. — Étude sur les privilèges et hypothèques.	271
— De la réforme du jury en matière criminelle.	502
Liberté individuelle. V. Philosophie du droit.	
Méfait manqué. V. Philosophie du droit.	
Mineurs savoisiens et niçois. V. Droit public.	
Mise en liberté sous caution. V. Histoire du droit.	
Nature de la marchandise. V. Droit criminel.	
Navires. V. Droit commercial.	
Nécrologie. — M. J. Bergson.	381
Observation. V. Droit civil.	
Philosophie du droit. — Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale.	308
— De la tentative et du méfait manqué.	433
Presse. V. Droit criminel.	
Privilèges. V. Législation.	
Procédure civile. — De la conciliation dans ses rapports avec la permission d'assigner à bref délai.	401
Sections de commune. V. Droit administratif.	
Sociétés. V. Histoire du droit.	
Souveraineté sociale. V. Philosophie du droit.	
Succession. V. Droit civil.	
Tentative. V. Philosophie du droit.	

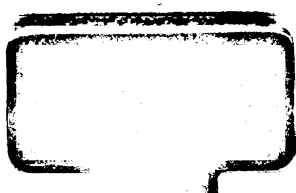
TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

MM.	Pages.
L. AUCOC : De la constitution des sections de commune et des moyens de reconnaître leur existence.	23, 123
A. BERTAULD : Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale.	308
— Examen doctrinal de la législation.	386
E. BIMBENET : Des conciles d'Orléans.	290
E. CAILLEMER : Bibliographie. — Histoire du droit criminel chez les Romains, par M. F. Walter; traduction de M. Picquet-Damesme.	87
COIN-DELISLE : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile.	193
— Observation.	385
EYSSAUTIER : De l'option des mineurs savoisiens et niçois pour la nationalité italienne.	45
C. FRÉGIER : De la conciliation dans ses rapports avec la permission d'assigner à bref délai.	401
GOUIN : De la réforme du jury en matière criminelle.	502
F. HOUZARD : Du droit de suite sur les navires.	174
A. HUREAUX : Étude sur le droit de succession.	515
J. LACOINTA : De la tentative et du méfait manqué.	433
A. LALANNE : Nécrologie. — M. Jules Bergson.	381
MALAPERT : Histoire du contrat de société avant l'invasion des Barbares.	230
DE LA MÉNARDIÈRE : Bibliographie. — Cours de droit administratif, par M. Th. Ducrocq.	376
MILLION : Dissertation sur l'article 423 du Code pénal.	481
MIMEREL : Bibliographie. — L'archipel des îles Normandes, par M. Le Cerf.	371
— Cours de M. Bravard, publié par M. Demangeat.	582
G. PICOT : Recherches sur la mise en liberté sous caution.	323, 410
DE RAZE : Des chemins ruraux.	143
REVERCHON : Bibliographie. — Études sur la procédure civile, par M. Lavielle.	80
G. RETNAUD : De la détention préventive.	63, 349, 535

570 **TABLE DES ARTICLES PAR NOMS DES AUTEURS.**

MM.	Pages.
G. ROUSSET : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de presse.	1
— Examen doctrinal de la législation en matière d'instruction criminelle.	97
A. SELIGMAN : Bibliographie. — Commentaire-traité des petits contrats, par M. Paul Pont.	554
SÉVIN : Étude sur les privilèges et hypothèques.	271



LAW LIBRARY
University of Michigan



3 5112 102 978 618